

Les Conflits de Qualifications
dans
les Droits Français, Anglo-Saxon
et Italien comparés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 27 Mai 1935 à 14 heures

PAR

Reyan HAKKI

MEMBRES DU JURY :

Président : M. CASSIN, Professeur

Suffragants : { M. ROUAST, Professeur.
 { M. AMIAUD, Professeur.

LIBRAIRIE L. RODSTEIN

17, Rue Cujas, 17

PARIS (V^e)

1935

Les Conflits de Qualifications
dans
les Droits Français, Anglo-Saxon
et Italien comparés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 27 Mai 1935 à 14 heures

PAR

Reyan HAKKI

MEMBRES DU JURY :

Président : M. CASSIN, Professeur

Suffragants : { M. ROUAST, Professeur.
 { M. AMIAUD, Professeur.

LIBRAIRIE L. RODSTEIN

17, Rue Cujas, 17

PARIS (V^e)

1935

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PERE.

A MA MERE.

A MA SŒUR (*in memoriam*).

A MES AMIS

INTRODUCTION

Le choix de la loi appelée à résoudre un cas litigieux donné, dont certains éléments mettent concurremment en cause les législations de pays différents, dépend souvent de la solution d'une question préalable, à savoir : la détermination de la nature juridique de l'institution qui fait l'objet du litige.

En effet, c'est une règle universelle que la forme des actes soit régie par la loi du lieu où ils sont passés. Il est également admis d'une façon générale que la capacité des personnes est déterminée par leur loi nationale.

Cependant, l'acceptation de telles règles est insuffisante pour supprimer toute difficulté en ce qui concerne les solutions à apporter aux conflits de lois.

Il est nécessaire de déterminer au préalable ce que l'on entend par forme et par capacité, en d'autres termes, étant donnée une institution juridique de dire si elle rentre dans la matière des formes ou dans celle de la capacité, pour pouvoir ensuite déclarer comme applicable telle ou telle loi.

Or, dans l'état actuel des législations nationales, il existe des divergences énormes quant à la manière d'envisager les institutions juridiques. Cela donne lieu, dans la pratique, à de très grandes difficultés.

Pour reprendre l'exemple classique du testament olographe, une question se pose : dans quelle catégorie peut-

on classer cette institution juridique ? La réponse, pour simple qu'elle puisse être pour chaque législation particulière, n'est pas sans soulever des difficultés.

En effet, le Code civil français dispose, dans son article 969, qu'un testament peut être olographe. Et l'article 999 permet aux sujets français de tester en la forme olographe même en pays étranger. Tout le monde admet aussi que le Droit français fait, de la faculté de faire un testament olographe, une question de simple forme, soumise, par conséquent, à la règle « *locus regit actum* ».

Or, le Code civil néerlandais (art. 992) exclut le testament olographe de ses institutions avec une telle rigueur, qu'il interdit aux sujets néerlandais d'user de cette forme pour tester, même à l'étranger. Il est clair que le législateur hollandais, par la prescription qu'il édicte dans l'article 992 du Code civil, pose une règle de capacité, faisant reposer la faculté de tester en la forme olographe sur le principe du « *statut personnel* ». Ainsi, lorsqu'un Hollandais fait un testament olographe en France, il importe de savoir quelle est la valeur de cet acte. Le Droit français n'y voit qu'une question de forme et, par l'application de la règle « *locus regit actum* », considère que le testament est valable. Mais, comme il s'agit, pour le Droit néerlandais, d'une question de capacité, la loi nationale étant seule applicable en cette matière, ce testament olographe sera nul.

On peut citer encore, comme exemple classique, le cas des époux maltais jugé par la Cour d'Alger le 24 décembre 1889 (1). Ils étaient mariés sans contrat de mariage, sous le régime de la loi maltaise. Par conséquent, c'était

(1) Alger, 24 décembre 1889, *Cl.* 1891, p. 1171.

la loi maltaise qui gouvernait leurs conventions matrimoniales comme loi du domicile suivant le principe de l'autonomie de la volonté.

Au décès du mari, la femme réclame, sur les biens immeubles situés en Algérie, un droit d'usufruit qui lui revient de par les conventions matrimoniales. Ici également la question consiste à savoir si le droit réclaté par la femme est d'ordre matrimonial ou successoral. Dans le premier cas, suivant la loi applicable, en l'espèce la loi maltaise, le droit de la femme sera fondé. Mais dans le second cas, comme les immeubles sont situés en France, et étant donné que, d'après le Droit français, la détermination des héritiers appelés à succéder aux biens immeubles dépend de la loi du lieu de la situation de ceux-ci, c'est la loi française qui sera applicable. Or, à l'époque où l'arrêt de la Cour d'Alger fut rendu, la législation française ne reconnaissait aucun droit à la femme survivante. Par conséquent, l'usufruit réclaté n'avait aucun fondement juridique.

On peut remarquer que, dans ces deux exemples, la première tâche est de préciser tout d'abord les places que le testament olographe et le droit réclaté par la femme maltaise occupent dans l'ensemble de la législation.

Il s'agit de classer une institution dans un ordre juridique, en d'autres termes de la qualifier, et, par là, de fixer sa nature particulière.

Ainsi, on entend, par qualification, « la détermination de la nature juridique d'une institution » (1).

La question est d'une très grande importance. Nous

(1) *Répertoire de Droit International Privé*, t. X, 5 v., qualifications.

avons pu constater, dans les exemples précités, que suivant que l'on se place du côté de l'un ou de l'autre des deux points de vue, l'aspect de l'institution change. Et ce changement affecte la solution du procès. Aussi, bien souvent, dans les cas de conflits de lois, le fait qui soulève le conflit n'est qu'une divergence dans les qualifications, autrement dit, la difficulté ne consiste que dans un conflit de qualifications.

C'est en somme, un problème qui se greffe au-dessus du conflit des lois.

L'intérêt de la question a été indiqué pour la première fois en Allemagne en 1891. Et, depuis le brillant exposé de M. Bartin, son existence n'est plus discutée.

Mais comment a-t-on résolu la difficulté ?

Jusqu'à présent, dans tous les cas où, d'après les qualifications différentes, plusieurs lois prétendaient s'imposer concurremment à un même rapport de droit, il est admis que c'est la *lex fori* qui donne la solution du conflit de qualifications.

Ceci est un principe établi par l'auteur de la théorie des qualifications, et admis, d'une façon générale, par la majorité de la doctrine internationale. Suivant la règle universelle, ce principe aussi a dû subir des exceptions, d'ailleurs admises par ses partisans eux-mêmes.

Les critiques à ce système de solutions n'ont pas manqué, critiques aussi fortes, parfois, que la puissante logique des plus chauds partisans de la *lex fori*. Elles ne sont pas restées sur le terrain proprement dit du système des qualifications, mais elles discutèrent de cette question à propos des grandes conceptions du droit international privé. Finalement, elles aboutirent à d'autres systèmes que celui de la *lex fori*.

Les auteurs de l'école nationaliste, se basant surtout sur des arguments logiques et sur la tendance générale de la jurisprudence, soutiennent le principe de la *lex fori* comme étant le plus rationnel et, partant, comme celui qui convient le plus à la solution des conflits de qualifications. Les auteurs de l'école internationaliste posent différemment la question. Déjà, en ce qui concerne les règles du Droit International Privé, ils admettent, contrairement aux auteurs de l'école nationaliste, que celles-ci sont des normes qui s'imposent par la force des choses à tous les Etats, car elles reflètent des idées de justice absolue. Par conséquent, toutes les législations des divers Etats doivent se plier devant ces règles. Ils s'inspirent aussi, pour la solution des conflits de qualifications, des mêmes idées de justice absolue, et ils établissent une formule qui écarte le principe de la *lex fori*.

Quelle est l'influence de ces diverses tendances sur le système général de la *lex fori* ?

Les conflits de qualifications, malgré le point de vue de certains auteurs, restent comme un des problèmes des plus difficiles à résoudre. Une méprise sur la qualification à donner à une institution juridique, peut avoir des conséquences beaucoup plus graves au point de vue de l'idéal de justice que n'importe quelle autre erreur. D'autant plus qu'elle n'est pas toujours facile à saisir.

L'histoire nous indique qu'il ne s'agit pas là d'une difficulté récente (1). Aussi, est-ce une question qui se pose devant toutes les juridictions. Et, dans tous les pays, il arrive souvent que les tribunaux soient amenés implicite-

(1) NIBOYET-FROLAND, Les conflits de qualifications et la question du renvoi, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1926, p. 1 et suiv.

ment à faire de la qualification. Mais alors, comment les problèmes soulevés par les conflits de qualifications sont-ils envisagés dans les divers pays ? Quelle solution reçoivent-ils ?

Une étude comparative de la Doctrine et de la Jurisprudence dans le domaine qui nous intéresse, nous paraît capable de donner quelques renseignements et permettre ainsi de mieux discuter ensuite des systèmes proposés pour aplanir les difficultés. Le premier système proposé et soutenu pour la solution des conflits de qualification est celui de la *lex fori*. Mais triomphe-t-il partout et dans tous les cas ? C'est ce que nous nous proposons de rechercher.

Notre étude portera exclusivement sur les droits français, anglo-saxon et italien.

Nous étudierons dans chacune de ces législations l'état actuel de la doctrine, puis la tendance de la jurisprudence. Finalement nous essayerons de poser le problème des qualifications dans un cadre plus vaste, celui des grandes doctrines de droit international privé.

CHAPITRE PREMIER

LES CONFLITS DE QUALIFICATIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

Section I. — Etude de la doctrine

En France, la question des qualifications n'est pas de date récente. Elle s'est présentée déjà avant 1789. La Jurisprudence des Parlements a eu plusieurs fois l'occasion de résoudre des problèmes relatifs à ce genre de conflits. On trouve des exemples dans les décisions des Parlements. Ainsi, celui de Rouen, dans son arrêt du 26 mars 1660 (1), a dû faire un choix entre deux qualifications qui se présentaient.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un testament fait à Paris par un bâtard demeurant dans cette même ville, testament par lequel il léguait, à l'Hôpital général des Incurables de Paris, des immeubles situés en Normandie. Il mourut sans avoir survécu trois mois à la rédaction de son testament. Or, d'après la loi du *for*, la condition de survie

(1) D'autres cas encore dans NIBOYET-FROLAND, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1926, p. 1 et suiv.

était un statut réel. Cela entraînait, par conséquent, la compétence de la *lex rei sitæ* et non celle du domicile ou de la *lex loci actus*.

Pour les juges, la question de validité d'un testament fait moins de trois mois avant la mort, touchant non à la forme, mais aux successions, ils ont appliqué la loi qui régissait ces dernières.

Ainsi, le Parlement de Rouen, sans s'en douter, avait posé une question de qualification. Pour déterminer la nature de l'invalidité du testament fait trois mois avant la mort, il avait fait application de la *lex fori*.

Mais la théorie des qualifications a été établie pour la première fois par M. Martin. Il est vrai qu'elle avait été formulée en Allemagne par M. Franz Kahn dans un travail paru en 1891 dans les *Iherings jarbücher* (1). Néanmoins, c'est par M. Martin que la question des qualifications fut traitée de la manière la plus claire et la plus approfondie. C'est lui qui a mis en évidence toute l'importance de ce problème à la fois si délicat et si difficile à résoudre. Sa méthode dans la position du problème était des plus rationnelles et l'on ne peut que l'admirer.

Dans un cas donné de conflit de lois, il importe tout d'abord de déterminer la vraie nature du problème. Dans le cas du Néerlandais qui a testé en France en la forme olographe, la difficulté était de savoir laquelle des deux lois serait applicable. En d'autres termes, il importait de choisir entre la loi française qui, considérant la chose comme une question de forme, et, suivant la règle *locus regit actum*, validait le testament, et la loi néerlandaise

(1) T. XVII de la nouvelle série 1891, p. 5.

qui, rattachant l'interdiction édictée par le Code civil néerlandais à la capacité des personnes, par conséquent à la loi personnelle qui doit les suivre partout, tenait ce testament comme nul.

M. Martin a d'abord « analysé et séparé les éléments logiques de cette difficulté » et il a exposé ensuite « la solution rationnelle qui lui convenait ». Il a pu ainsi montrer quelle place considérable la question des qualifications occupait parmi les théories générales du Droit International Privé.

Il a mis la difficulté en évidence en posant la question de la façon suivante : « Lorsque l'application de telle ou telle loi à un même rapport de Droit dépend de la nature de ce rapport, quelle est la loi qui fixe la nature de ce rapport, de façon à soustraire ce rapport à l'empire de l'une des deux lois concurrentes pour lui appliquer l'autre ? » (1) Suivons le cours même de son analyse.

1° Dans une première hypothèse, d'ailleurs des plus simples, la réponse était, pour lui, relativement facile.

Lorsqu'il y a deux lois concurrentes qui prétendent s'imposer aux parties et dont la détermination ne dépend pas de l'autonomie de leur volonté, l'une est la loi du juge saisi; c'est cette dernière qui fixe la nature du rapport. En d'autres termes, lorsque l'application de *lex fori* ou d'une loi étrangère quelconque, à un même rapport de Droit dépend de la nature de ce rapport, c'est la *lex fori* qui détermine cette nature.

M. Martin, pour justifier cette proposition, tire ses arguments des fondements même du Droit International Privé.

(1) BARTIN, *Etudes de Droit International Privé*, p. 13.

Or, dans sa conception, le Droit International Privé a, comme fondement principal, la souveraineté de l'Etat. Et c'est cette même idée de souveraineté qui est à la base du principe de la solution des conflits de qualifications. L'Etat, par l'organe de ses tribunaux, détermine souverainement la qualification des diverses institutions juridiques.

En effet, lorsque les tribunaux sont saisis de la question de savoir quelle est la nature juridique d'un rapport de droit, et ensuite s'ils doivent appliquer à ce rapport leur propre loi ou une loi étrangère, ils ne peuvent faire autrement que d'emprunter la définition juridique de ce rapport à leur propre loi. Car, lorsque l'Etat, au nom duquel ils rendent la justice, accepte l'application d'une loi étrangère à un rapport de droit, il apporte une restriction à l'exercice de sa souveraineté. Il ne peut le faire que dans la mesure de la notion qu'il se fait lui-même de cette institution, sans laisser la détermination de cette mesure à une loi étrangère. Puisque la notion que l'Etat se fait de cette institution est exprimée par sa législation, les tribunaux, agents principaux de l'application de ses lois, ne peuvent qualifier le rapport que selon leur propre loi.

Cependant, après avoir posé le principe de la *lex fori*, M. Bartin apporte quelques exceptions.

D'une façon générale, on peut dire que, dans la pratique, il y a un droit commun universel pour ranger les biens en deux compartiments principaux : les choses mobilières et les choses immobilières.

Cette division existait aussi en Droit romain.

Les règles de Droit international privé applicables aux meubles sont assez différentes de celles qu'on applique aux

immeubles. De là, le grand intérêt qu'il y a à savoir si tel bien constitue un meuble ou un immeuble.

D'autre part, comme les dispositions de droit interne qui déterminent le caractère mobilier ou immobilier d'une chose peuvent varier, dans une certaine mesure, d'une législation à une autre, là encore il se pose une question de qualifications.

M. Martin, pour cette catégorie de qualifications, reconnaît la compétence de la *lex rei sitæ*.

Laissant à part l'argument historique qui consiste dans cette considération que, la souveraineté d'un Etat et la loi civile s'appliquent avant tout sur le sol de l'Etat, de telle sorte qu'elles régissent toujours et nécessairement le sol lui-même, M. Martin justifie encore cette exception par l'idée de sécurité à laquelle il attache une valeur juridique supérieure.

D'une part, les personnes qui traitent sur une chose ont le plus grand intérêt à connaître le régime de propriété qui lui est applicable. Pour les renseigner, rien ne vaut un signe matériel comme celui que leur fournit la situation de cette chose dans l'espace. La loi du lieu où cette chose est située peut procurer le maximum de sécurité dans les transactions que les parties peuvent souhaiter.

D'autre part, les dispositions de droit interne qui fixent dans chaque pays le régime de la propriété, sont très généralement inspirées par l'intérêt de la sécurité des transactions.

Dès lors, il est normal et logique, lorsqu'il s'agit de déterminer, en Droit International Privé, la loi applicable au régime des biens, de choisir la loi qui sert le mieux la sécurité des transactions, c'est-à-dire la *lex situs*.

2° Dans une seconde hypothèse, le juge saisi peut se

trouver en présence de deux lois concurrentes pour la qualification de l'institution juridique, deux législations prétendant également intervenir à titre impératif, mais qui sont toutes deux des lois étrangères à l'égard du juge saisi.

M. Bartin admet que, là encore, c'est la *lex fori* qui intervient pour la qualification. Il est vrai que la loi française, dans ce cas, n'est pas aussi intéressée que dans celui de la première hypothèse. Mais, quoique la loi interne soit, dans un certain sens, désintéressée, le système du conflit est loin de l'être. La *lex fori* va déterminer la qualification du rapport de droit en se basant toujours sur le même fondement que celui du principe général établi déjà dans la première hypothèse, à savoir l'idée de la souveraineté.

Si la qualification de la *lex fori* coïncide avec l'une des deux lois concurrentes étrangères, rien n'empêche le tribunal saisi de suivre cette qualification qui s'adapte à sa propre conception de l'institution juridique. Ce sera même la manière la plus naturelle de résoudre la question, puisque cela prouve que les deux Etats, celui de la *lex fori* et celui dont la qualification est reconnue identique ou similaire avec celle de la *lex fori*, ont la même notion de l'idée de souveraineté. Mais au cas où la *lex fori* ne fournirait aucune qualification, la question paraîtrait plus délicate.

Il est possible que cela découle de ce que l'esprit de la *lex fori* refuse d'admettre une telle institution dans sa sphère d'application. L'ordre même de la société pouvant y être directement intéressé, c'est par l'intervention de la notion, de l'ordre public, que cette institution sera écartée.

3° Dans une troisième hypothèse, il s'agit d'un rapport

de droit relevant de la liberté des conventions. M. Bartin y voyait une exception à la qualification par la *lex fori*. En effet, puisque les parties peuvent choisir la loi à laquelle elles soumettront leur convention, en cas de doute sur la qualification du rapport de droit qui est l'objet de leur convention, c'est encore la volonté des parties qui peut résoudre la question.

Aujourd'hui, M. Bartin ne considère plus comme une exception les rapports de droit relevant de la liberté des conventions (1). Puisque l'Etat, par sa propre volonté, reconnaît que, dans certains cas, la loi choisie par les parties est compétente pour régir le rapport de droit, par là même, il abandonne aussi à la volonté des parties le droit de déterminer la nature de leur convention, et se désintéresse complètement de résoudre la question. Ainsi, étant donné que l'Etat ne subit, de ce fait, aucune volonté autre que la sienne, il n'y a aucune exception au principe général de la compétence de la *lex fori*. Néanmoins, n'y a-t-il pas une limite à l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties ?

Le soin de qualifier une institution juridique ne peut être laissé aux parties que lorsque cette institution fait partie du domaine dans lequel la *lex fori* admet l'autonomie de la volonté. Par exemple, un tribunal déterminera le lieu d'exécution d'un contrat en s'inspirant de la volonté des parties.

Mais dans les cas où l'on se trouve en présence d'un problème de droit impératif, de suite la *lex fori* devient compétente pour la qualification.

Ainsi, en ce qui concerne le lieu et la date de forma-

(1) BARTIN, *Principes de Dr. Intern. Pr.*, p. 236.

tion d'un contrat entre absents, chaque législation détermine les conditions dans lesquelles la volonté de s'obliger peut être réalisée, c'est-à-dire que chaque législation fixe la date et le lieu où l'offre et l'acceptation se transforment en un contrat. Dès lors que les parties auront à résoudre un litige de cette espèce devant un tribunal, c'est encore la *lex fori* qui déterminera ce lieu de la formation du contrat.

Qu'arrive-t-il si les parties n'ont rien prévu dans leur contrat, comme cela arrive dans la généralité des cas, pour déterminer les conditions de sa formation, de son exécution, et la loi qui les régira.

Devant leur silence, c'est au juge qu'incombe le devoir de déterminer la loi applicable. Tâche difficile, qui ne pouvait être facilitée que par un système de présomptions.

Or, les présomptions changent suivant les diverses législations. Et le juge ne peut faire autrement que de se référer à sa propre législation. Ainsi, la *lex fori* réapparaît. Mais, pour M. Bartin, ceci ne touche pas en réalité à la question des qualifications.

La théorie des qualifications, telle qu'elle est exposée par M. Bartin, a eu l'approbation, on peut le dire, de l'unanimité de la doctrine française.

M. Lerebours-Pigeonnière donne son entière adhésion à la théorie des qualifications.

Dans son Précis de Droit international privé (n° 253), il se borne à remarquer, à la suite de M. Bartin « que tout tribunal, saisi d'une difficulté de qualification, doit confronter la matière du procès avec ses propres notions

de qualification, alors même que l'application de sa loi ne serait pas en cause » (1).

Il reconnaît, au juge du tribunal saisi, le devoir de se référer aux qualifications de sa propre loi. « Parce que leur particularisme est un aspect du caractère national des règles de rattachement » (2). Pour lui la qualification « est autre chose que le résultat d'une analyse impartiale d'une institution juridique; elle est liée, dans une large mesure, aux règles de rattachement qui en seront la suite » (3).

Toutefois, en admettant le caractère national des qualifications, M. Lerebours-Pigeonnière repousse l'exception au système de qualification par la *lex fori* de M. Bartin concernant les immeubles. Car, lorsqu'une législation admet la soumission de certaines catégories de rapports de droit à une autre législation, elle montre par là-même qu'elle se désintéresse de toutes les questions qui les concernent. La classification des biens dépend de la loi du lieu de leur situation. La législation qui admet ce principe n'apporte, en réalité, à la règle générale, qu'une exception apparente.

M. Arminjon, dans son Précis de Droit International Privé (4), approuve également la compétence de la *lex fori*, il en donne seulement une explication un peu différente de celle de M. Bartin.

Tout d'abord, il y a une divergence entre les concep-

(1) LEREBOURGS-PIGEONNIÈRE, *Préc. de Dr. Intern. Pr.*, p. 259; édit. Paris 1933.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) ARMINJON, *Précis de Dr. Intern. Privé*, 2^e édit., t. I, p. 134.

tions de conflit de lois des deux auteurs. M. Arminjon ne considère nullement les conflits de lois comme des conflits de souveraineté. Pour lui, « les règles de Droit international se justifient, comme toutes les autres dispositions légales, par l'idée de justice et que leur seule fin est d'obtenir une solution équitable et utile » (1). Ainsi, il n'admet pas la proposition fondamentale de M. Bartin.

Il croit que « les règles de qualification de la *lex fori* doivent être suivies dans le ressort de cette loi, à l'exclusion de celles de toute autre loi, parce que, ayant été édictées par le législateur pour des raisons qui valent dans tous les cas, elles sont l'expression de la nature même des choses telles qu'il les conçoit; qu'il y aurait une contradiction choquante à faire varier la nature juridique d'un être, d'un fait, d'une chose, suivant que telle ou telle loi est applicable, parce que ces règles servent d'armature et de cadre aux autres règles légales, à commencer par celles de rattachement, enfin, parce que la solution contraire, logiquement inconcevable, produit des résultats injustes et absurdes » (2).

M. Pillet discute la question dans son ouvrage intitulé « Principes de droit international privé », dans le premier livre et sous le chapitre IV, « Méthode et sources » du droit international privé.

En effet, la question touche de près aux méthodes que l'on peut suivre en droit international privé. D'ailleurs, ce qui précède étant d'une importance particulière, fera l'objet d'une discussion spéciale dans notre troisième chapitre.

(1) ARMINJON, *Précis de Dr. Intern. Privé*, t. I, p. 134.

(2) *Ibid.*, p. 134.

M. Pillet n'émet aucun principe particulier quant à la solution des conflits de qualification. Il accepte la théorie en elle-même, il constate les conflits que fait surgir la question et il les considère comme insolubles. Mais après un tel jugement pessimiste, il se demande si ces difficultés sont très fréquentes. Il ne le croit pas. Il admet l'existence de divergences de vues sur la nature de certaines institutions juridiques. Il en donne lui-même un exemple :

La donation des biens à venir. Il est possible qu'une loi considère ces actes comme contractuels, et une autre comme des dépendances du droit héréditaire. Mais ces cas sont rares.

Il met en garde de les confondre avec les difficultés quelconques, qui peuvent résulter de la différence de deux législations par rapport à un objet donné. Ces dernières peuvent souvent être résolues par le Droit International Privé.

Ainsi en matière de classification des biens en immeubles et meubles, il n'existe aucune difficulté quant à la règle de Droit International Privé à appliquer. C'est à la loi du lieu où se trouve l'objet, de décider s'il est meuble ou immeuble. C'est là une règle traditionnelle et bien connue.

Pour qu'il y ait véritablement un conflit de qualification, il trouve nécessaire que la « divergence provienne d'une diversité dans la nature attribuée à une institution juridique, et non pas de cette circonstance qu'une législation positive confère à cette institution un effet incompatible avec sa nature » (1). Pour cette raison, il ne voit pas, dans l'interdiction de l'art. 992 du Code civil néer-

(1) PILLET, *Principes de Dr. Intern. Privé*, p. 104.

landais, une règle de statut personnel, mais considère que le législateur a conféré à une loi un effet que sa nature ne comporte pas.

Il faut aussi « qu'il y ait une divergence certaine dans la qualification légale des institutions et non pas une simple divergence de doctrine » (1).

Finalement M. Pillet paraît des plus optimistes vis-à-vis des questions de qualifications. Mais il se trouve bien obligé, dans les cas de véritables conflits de qualifications, d'accepter la compétence de la *lex fori*.

Un autre auteur, M. Valéry, reconnaît, en principe, l'exactitude de la théorie des qualifications. Dans son manuel de Droit International Privé, sous le chapitre III du titre IV, chapitre consacré aux « principes à suivre pour la solution des conflits de lois », M. Valéry aborde la question des qualifications. Il constate la complexité de la plupart des rapports juridiques. Ceux-ci renferment des éléments aussi nombreux que variés.

M. Valéry, pour résoudre les difficultés qui peuvent résulter de ce concours d'éléments variés, fait la proposition suivante : « Tout rapport de Droit privé international doit être régi par la loi qui convient le mieux à sa nature, à chacun des points de vue sous lesquels il peut être envisagée » (2). M. Valéry ne donne pas là une règle de solution des conflits de qualification proprement dite. Il est vrai que l'étendue de sa proposition est large. D'ailleurs, tout en constatant les difficultés engendrées par les différences de qualifications, il voit une certaine exagération dans les opinions de M. Bartin et il estime

(1) PILLET, *Op. cit.*, p. 105.

(2) VALÉRY, *Manuel de Dr. Intern. Pr.*, Paris 1914, p. 501.

que ces difficultés peuvent être résolues par les règles applicables aux autres conflits de lois (1). Il remarque toutefois que la classification des biens doit être l'œuvre de la loi du pays où ils sont situés (2).

Nous pouvons constater jusqu'ici par l'étude de la doctrine française, que l'idée de la compétence de la *lex fori* domine en principe.

Mais, l'auteur qui a défendu ce principe avec la vigueur et la précision d'une logique des plus fortes et des plus claires, est M. Niboyet. Nous pouvons dire que si le principe de la *lex fori* en matière de qualifications est prépondérant dans la doctrine française, c'est lui qui en serait le représentant le plus qualifié.

Il précise la compétence de la *lex fori* par deux arguments (3) :

Le premier est un argument pratique. Puisque les qualifications se posent avant toutes autres, il est nécessaire de connaître tout d'abord la nature de l'objet du Droit, pour que l'on puisse ensuite déterminer la loi qui doit la réglementer.

Or, le juge, avant de connaître la loi applicable, ne peut qualifier le rapport de Droit qu'en se référant à ses propres règles.

Le second est un argument juridique. En posant la question : Qu'est-ce que la qualification ? il répond : « C'est la condition même de la détermination de la loi étrangère. »

Dans chaque pays, ce droit appartient au souverain du pays. Par conséquent, suivant les deux arguments, pour

(1) VALÉRY, *Op. cit.*, p. 500 et 501, on note.

(2) *Ibid.*, n° 615.

(3) NIBOYET, *Manuel de Dr. Intern. Privé*, Paris 1928, p. 499.

une raison de nécessité de fait et pour une raison doctrinale, le système qui reconnaît la compétence de la *lex fori* est le seul qui puisse être adopté. Ainsi, par la suite il n'admet pas l'exception quant à la classification des biens, même dans cette matière il reconnaît la compétence de la *lex fori*.

La seule exception qui lui paraisse bien fondée est celle tirée du principe de l'autonomie de la volonté, et encore, dans la mesure des limites que la loi fixe à l'exercice de la liberté des parties en matière contractuelle.

Ainsi, en France, on peut dire sans aucun doute que la doctrine accepte la théorie des qualifications. La reconnaissance de la compétence de la *lex fori* est admise par la majorité.

Nous disons bien par la majorité, car la théorie de M. Bartin a été critiquée. Dans un article paru dans le Journal de Droit International privé de 1898, un an après l'exposé de M. Bartin dans le même journal, M. Despagnet (1) a combattu la théorie des qualifications.

Certes, M. Despagnet ne nie pas la théorie en elle-même. Il refuse seulement d'admettre les mêmes solutions que son illustre collègue. Il admire la construction de cette théorie au point de vue du raisonnement logique, mais c'est aussi du même point de vue qu'il l'attaque.

Reprenant dans son étude les mêmes exemples que ceux cités par M. Bartin, il trouve tout d'abord que l'argument tiré du danger qu'il y aurait, pour un Etat, à accepter la qualification de la loi étrangère, est dénuée de force. En effet, d'après M. Bartin, le champ d'applica-

(1) DESPAGNES, *Conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, Clunet 1898, p. 253.

tion de la loi étrangère serait plus ou moins étendu selon la conception qu'a cette loi de la nature d'un rapport de Droit. Et l'Etat subirait l'empiétement d'une volonté étrangère sur sa propre souveraineté qui, en principe, est absolue et qui ne peut être limitée que par lui-même.

Comment M. Despagnet formule-t-il son objection ? Il prend le cas inverse. Il envisage celui où l'acceptation de la qualification par la loi étrangère, loin de restreindre la souveraineté de la *lex fori*, ne fait qu'en étendre le domaine, alors que la *lex fori*, suivant sa propre qualification, eût limitée elle-même son propre champ d'application.

Il suppose un étranger en Hollande, dont la loi nationale prohibe le testament en la forme olographe à ses ressortissants, mais qui en fait une règle de forme. Pour le Code néerlandais, la même interdiction se rattache à l'incapacité. D'après la *lex fori* en Hollande, on doit suivre la loi nationale de l'étranger pour tout ce qui concerne sa capacité. Mais, en adoptant la qualification de la loi étrangère, on appliquera, pour le testament olographe fait en Hollande, la loi de ce dernier pays suivant la règle *locus regit actum*. L'étranger fera son testament d'après les règles en vigueur sur le territoire hollandais.

Et, par là, M. Despagnet en déduit qu'il est inexact de prétendre que si l'on ne reconnaît pas la compétence de la *lex fori* en matière de qualification, « l'envahissement deviendrait complet ».

Il remarque aussi que par l'application de la *lex fori* on détournerait la véritable intention de son propre législateur en matière des règles de D.I.P. En effet, si celui-ci a établi que le statut personnel de l'étranger est régi par sa loi nationale, et si, immédiatement, la *lex fori* qualifie

tel rapport comme se rattachant à la forme, il sera très facile de paralyser la compétence de la loi étrangère.

Quand il arrive que le rapport juridique qualifié par la loi étrangère soit inconnu de la *lex fori*, le problème devient très difficile. M. Despagnet ne trouve pas grande efficacité au remède de M. Bartin. L'assimilation par analogie dépend de l'existence de certaines notions communes entre les deux législations. Mais, du fait même de l'existence de ces notions communes, le conflit pourrait disparaître. Et l'absence totale d'analogie, en d'autres termes dans le cas de méconnaissance complète de l'institution juridique dans l'une des deux législations, aucune solution n'est possible.

Ainsi, d'après M. Despagnet, c'est la loi reconnue applicable, et non la *lex fori*, qui détermine la nature des institutions juridiques.

Il est toujours contre le système de M. Bartin, quant à la qualification d'un rapport de droit en litige entre deux législateurs étrangers. Ici encore, le juge ne peut que s'inspirer de ses propres principes de Droit International privé pour déterminer la qualification nécessaire en établissant d'abord, par ses règles de Droit International Privé, la loi applicable, puis, en abandonnant à cette loi la qualification. Toutefois, il ne repousse pas complètement la compétence de la *lex fori*. La qualification des biens et celles des actions se rattachant incontestablement à l'ordre public, leur nature est déterminée par la loi du tribunal saisi.

La critique de M. Despagnet est restée isolée. Il n'a trouvé aucun écho dans la doctrine française.

Par conséquent, après cette revue générale de la doctrine, nous pouvons conclure que la compétence de la *lex*

fori pour la solution des problèmes de qualification est, en France, un principe admis par tout le monde.

En est-il de même en jurisprudence ?

Section II. — Etude de la jurisprudence

Malgré quelques dissidences, il semble que la jurisprudence ait plutôt tendance à aller dans le même sens que la doctrine.

De l'étude de M. Martin (1) pour la période antérieure à 1897, il résulte que la jurisprudence avait eu une préférence pour les qualifications françaises. Depuis, nombreuses sont les décisions et arrêts qui ont suivi le système de la *lex fori*. Et cela indique d'une manière générale que les tribunaux, d'une façon ou d'une autre, s'attachent plus à la loi du for qu'ils ne portent leur attention sur les législations étrangères.

Chaque fois qu'il s'agit de cas où, en vertu des règles de conflits de lois, une loi étrangère se trouve applicable, les tribunaux n'hésitent pas à reconnaître sa compétence. Mais, dès qu'il y a un point qui, d'après la qualification de la *lex fori*, rentre dans la compétence d'une loi qui sera indiquée suivant cette qualification, la *lex fori* reprend sa fonction (2).

La loi nationale reconnue applicable en matière de capacité générale ne pourra être violée par des qualifications qui l'écartent en matière de capacité spéciale.

« Toutes les fois qu'il s'agit d'une incapacité générale,

(1) *Op. cit.*, p. 48-75.

(2) BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*. Thèse, Paris 1929, p. 120.

la règle que la capacité est régie par la loi nationale, s'applique automatiquement. » (1)

Seulement, comme M. Batiffol l'a si bien indiqué dans sa thèse « l'influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France », cette formule signifie que la question sera toujours préalablement qualifiée « question de capacité » (2). En d'autres termes une telle qualification ne sera donnée que si elle est conforme à la *lex fori*.

Ainsi, dans de nombreuses décisions et arrêts concernant les dispositions légales relatives à la capacité, au régime des biens, à la forme et à la preuve des actes juridiques, aux dispositions relatives aux droits de famille et au patrimoine, on constate la prépondérance de la *lex fori* (3).

Des décisions plus récentes suivent aussi la même tendance. Nous allons pouvoir vérifier cette tendance par l'examen de la jurisprudence, surtout dans la période postérieure à 1897, date à laquelle M. Bartin avait exposé sa théorie.

Dans cet examen, nous étudierons d'abord la détermination du domicile. Ensuite nous verrons successivement les qualifications concernant l'état des personnes, le patrimoine et la procédure.

N° 1. — *Le domicile*. — La détermination du domicile est une question de qualification. M. Bartin, l'auteur

(1) BATIFFOL. *Op. cit.*, p. 100.

(2) *Ibid.*, p. 106.

(3) BARTIN, *Etudes de Droit International Privé*. Pour la capacité, particulièrement BATIFFOL.

même de la théorie des qualifications, l'avait déjà désigné, dans son ouvrage intitulé « Etude sur les effets internationaux des jugements » (1), à propos d'un jugement du tribunal du canton de Vaud du 7 février 1893. Les mots de « qualification française du domicile », qualification suisse du domicile, indiquent nettement l'opinion de M. Bartin sur le conflit de lois sur le domicile. D'ailleurs, plus tard, il le dira d'une manière explicite dans le tome I^{er} de ses Principes de droit international privé (2).

M. Niboyet n'est pas moins précis. Il s'exprime, dans son Manuel de droit international privé (3), dans les termes suivants : « Pour tout dire, nous pensons être ici en présence d'une de ces questions de qualification si bien décrites par M. Bartin », et il ajoute « qu'il faut toujours soumettre à la *lex fori* ». Dans un autre passage du même ouvrage nous retrouvons cette solution donnée à ce problème de qualification. En guise de conclusion, à la fin du chapitre consacré au domicile, il déclare que « tout domicile se détermine toujours d'après les dispositions de la *lex fori* parce qu'elles se rattachent aux règles de droit international de chaque pays » (4).

Pourquoi ? Parce que « quand, par exemple, un souverain décide de soumettre les successions à la loi du domicile, il ne peut s'agir que du domicile tel qu'il le conçoit et non tel que l'envisage une loi étrangère. Cette conception du domicile fait partie intégrante de son sys-

(1) P. 126, note 1.

(2) P. 226, note 1.

(3) 2^e édit., p. 686, n^o 565.

(4) P. 693, n^o 576.

tème de droit international privé et comme telle ressortit donc uniquement à la *lex fori* » (1). Cela n'est que l'application de la solution donnée par l'auteur de la théorie des qualifications (2). En effet, M. Bartin exprime son opinion, particulièrement pour la détermination du domicile, à la page 233, tome I (note 3) de ses Principes de droit international privé, à propos d'un jugement du Tribunal civil de la Seine (1^{re} Chambre) du 20 juillet 1923 (3). Il déclare que « la question se posant devant une juridiction française, c'est la qualification française qui doit l'emporter ».

M. Arminjon a également étudié la question. Partisan de la *lex fori* en matière de solution des conflits de qualifications, il admet aussi la compétence de cette même loi pour la détermination du domicile. Il étend cette compétence même « aux cas où le siège du domicile est à l'étranger » (4).

Cependant, après avoir reconnue une si large compétence à la loi du tribunal saisi, il lui fait subir deux tempéraments très importants : 1^o en cas d'admission du renvoi; 2^o pour la détermination du domicile légal des incapables. Nous n'insisterons pas pour le moment sur ces deux exceptions que nous reprendrons plus loin (5).

(1) NIBOYET, *Manuel de Droit International Privé*, p. 686, 5. 1927. 1. 57 note § 2 *Problème du conflit des lois*.

(2) BARTIN, *Etudes de Dr. Intern. Privé*, p. 16.

(3) Cl. 1924, p. 403.

(4) Op. cit. t. II, p. 30.

(5) D'autres systèmes ont été proposés pour la détermination du domicile. Il semble qu'on peut les classer en trois groupes: 1^o le système de l'autonomie de la volonté; 2^o le système de la loi nationale; 3^o le système de la loi territoriale. Une critique de ces systèmes, y compris celui de la « *lex fori* » a été faite par M. Cas-

La jurisprudence, d'une façon générale, est muette sur les questions de qualifications. C'est une tâche de plus, qui incombe au juriste de tirer au clair, par une analyse

sin, dans ses cours professés à l'Académie de Droit International de La Haye en 1930. [La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. *Recueil des Cours*, 1930, t. IV, p. 677 et s.] et par M. Levasseur, dans la thèse *La détermination du domicile en Droit international privé français*, p. 52 et s. La critique de M. Levasseur peut nous satisfaire par son ampleur. Mais celle de M. Cassin, dans sa brièveté, a aussi l'avantage d'être précise.

Le système de l'autonomie de la volonté propose de déterminer le domicile d'après l'intention de la personne. [BERTAULD, *Questions doctrinales et pratiques*, p. 12, n° 9 quater; LOISEAU, *Du domicile comme principe de compétence législative*, Paris 1893, pp. 132, 139.] Pourtant, les faits sont là pour nous prouver la faiblesse de ce système. La loi intervient souvent, et d'une façon impérative, pour restreindre l'autonomie de la volonté de l'individu, notamment dans les cas de domicile de dépendance. D'autre part, elle régleme l'acquisition, le changement et les effets de tout domicile.

Le système de la loi nationale considère que le domicile est un élément de l'état des personnes et comme quoi, il le rattache au statut personnel. Par conséquent, la loi compétente pour déterminer le domicile est celle qui régit ce statut, c'est-à-dire la loi nationale. [VALÉRY, *Manuel de Droit International Privé*, n° 114. Son principal argument est tiré de l'art. 102 du Code Civil Français. WEISS, *Traité de Droit International Privé*, III, p. 320.] Or, l'erreur de ce système est de considérer le domicile comme une notion de pur droit privé. Car le domicile établit aussi les liens de rattachements avec le sol d'un Etat déterminé. [NIBOYET, *Manuel de Dr. Intern. Pr.*, p. 685, n° 564. Note § 3 sous l'arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1929, S. 1930-2-129.] Cela intéresse au plus haut degré la souveraineté de cet Etat de ne pas laisser cette qualification à une loi étrangère, en d'autres termes à la souveraineté d'un Etat tiers, qui serait celui auquel l'intéressé appartient.

Le système de la loi territoriale soumet la détermination du domicile à la loi territoriale, c'est-à-dire à la loi du territoire sur lequel le domicile est établi. [BROCHET, *Cours de Dr. Inter. Pr.* I., p. 249. Le Code Bustamante a adopté ce système dans son

minutieuse des textes de jurisprudence, la qualification qui a pu inspirer le magistrat. C'est le cas également en matière de domicile. On peut trouver des arrêts qui déci-

art. 22.] Dans cette conception, le domicile est considéré comme une institution de droit public. C'est un lien de rattachement de même nature politique que la nationalité. Toutefois, on ne saurait placer le domicile au même rang que la nationalité. Il serait plutôt (suivant M. Niboyet dans sa note au *Sirey* 1930, 2, 130) une demi-nationalité.

M. Cassin, dans ses cours à l'Académie de Droit International de La Haye (Op. cit., p. 679) a bien défini la nature de cette conception. Il la considère comme « négative et au surplus dangereuse si elle est exclusive, car, dans la réalité des choses, la liberté des individus a conservé jusqu'ici et doit conserver, en matière de domicile, un rôle infiniment plus grand qu'en matière de nationalité ».

Le système de la *lex fori* non plus n'a pas manqué d'être critiqué. M. Cassin paraît adhérer au système de la *lex fori*. Il le trouve plus souple par rapport aux systèmes précédents. Toutefois, il fait des réserves quant à la compétence de la *lex fori* dans la détermination du domicile visé dans une convention internationale et aussi lorsqu'elle se pose après un renvoi.

C'est plutôt chez M. Levasseur que nous trouvons une critique du système de la *lex fori*. Pour lui, la matière du domicile est trop complexe. Le domicile n'est pas unique. Il a son rôle dans des situations les plus diverses, d'où sa multiplicité. Mais dans toutes les questions où il intervient, il revêt un caractère différent. « Le domicile se rattache aux institutions les plus diverses, situées dans les domaines du droit les plus éloignés les uns des autres; bien plus, la notion de domicile n'est pas la même, nous le verrons, dans toutes ces institutions; il n'a pas partout les mêmes effets ni surtout ne se compose des mêmes éléments; la solution doit être assez souple pour convenir à des cas aussi divers, et c'est précisément leur manque de souplesse qui fait échouer tous les systèmes *a priori*. [LEVASSEUR, op. cit., p. 93.] »

D'autre part, le domicile ne peut faire l'objet d'un conflit de lois qui se porte uniquement sur sa détermination, plutôt absorbée dans un litige ayant un autre objet principal, il intervient seulement comme un moyen qui permet de tirer certaines déductions ou d'arriver à certaines conclusions. D'où l'affirmation de M. Levasseur que « le domicile en lui-même n'est rien: ce sont ses effets qui sont

dent sur la détermination du domicile, mais ils ne disent jamais quelle loi les a conduits à cette solution. C'est ce silence des arrêts qui a amené M. Levasseur à dire que

tout ». [Op. cit., p. 94.] Donc, la loi qui détermine les effets du domicile couvre aussi le conflit de lois sous sa détermination. Dès lors, il est inutile de recourir à une autre loi pour la qualification du domicile, « c'est à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit ou d'une qualité ou qui résoud par le recours à la loi ou au tribunal du domicile, un conflit de lois ou de juridictions préexistant, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile ». En d'autres termes, « c'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile, qui seule doit en déterminer le lien. » [Op. cit., p. 94.]

M. Cassin se demande « si, poussé à ce degré, l'analyse ne conduit pas à un véritable paradoxe: celui d'émettre et de réduire à rien, sous prétexte qu'elle est trop difficile à saisir dans ses aspects variés, la notion du domicile général qui repose pourtant sur un fait élémentaire et présente en soi un caractère de nécessité, de permanence et d'universalité ». [Op. cit., p. 681.]

Nous croyons que le conflit sur la détermination du domicile est un véritable conflit de qualifications. Suivant la règle générale de M. Martin, sa solution doit être donnée avant celle de tout autre conflit de lois sur lequel il se greffe, et par la *lex fori*. Par conséquent, chaque fois que la notion du domicile intervient dans un litige, s'il s'agit de sa qualification, c'est ce point qui doit attirer le premier l'attention, et cela malgré la complexité de cette notion dans les diverses situations.

M. Levasseur est un partisan de la théorie des qualifications et adopte les arguments de M. Martin. D'ailleurs, après avoir exprimé son opinion, dans la formule que nous avons précitée, il la place sous l'autorité des mêmes arguments. (Op. cit., 217 et s.)

M. Martin, à propos de l'autonomie de la volonté, admet que les qualifications qui peuvent découler d'une loi étrangère, choisie par les intéressés, peuvent être admises par le tribunal du for., car de ce fait, la souveraineté de l'Etat auquel le tribunal saisi appartient, ne subit aucune atteinte, puisque c'est par « sa propre volonté que cet Etat se désintéresse implicitement de ces qualifications. » M. Levasseur reprend cet argument pour exprimer la formule suivante: « Lorsque la détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend de telle loi étrangère que la *lex fori* s'est consciemment et volontairement substituée, la détermination du lieu

« les tribunaux se bornent à appliquer telle ou telle loi, sans préciser à quelle elle intervient » (1).

Toutefois, aujourd'hui nous possédons un jugement du Tribunal civil de la Seine (4^e Chambre) du 27 avril 1933 qui, dans l'affaire D... contre sa femme, nous paraît significatif. A notre connaissance, c'est le premier jugement qui ait fait place, explicitement, à la théorie des qualifications.

a) Affaire D... c. sa femme. — Le Tribunal civil de la Seine a rendu ce jugement à propos du divorce des époux D... (2). Il s'agissait de déterminer le domicile légal de la femme mariée, de nationalité étrangère. Pour ce faire, le Tribunal de la Seine a suivi la qualification française. Et c'est sur ce point qu'il a soulevé la question de la qualification et a précisé la compétence de la loi française. Mais auparavant, le Tribunal a dû procéder aussi à la qualification du domicile de V. D., le mari.

Il a déterminé aussi ce domicile en ne tenant compte que de la conception française du domicile. C'est d'ailleurs après avoir déterminé, par cette première qualification, le lieu où se trouve le domicile du mari, qu'il pouvait indiquer celui de la femme mariée. Donc, deux

qui doit entraîner la détermination de cette loi (c'est-à-dire le domicile) en dépend également. » (Op. cit., p. 221.) Dans ce cas, on revient aux qualifications en sous-ordre signalées par M. Martin lui-même (*Principes de Dr. Inter. Pr.*, t. I, p. 234.) Donc, d'une façon générale, la *lex fori* seule reste compétente pour la qualification du domicile.

(1) LEVASSEUR, *Op. cit.*, p. 68.

(2) Trib. Civ. de la Seine (4^e Ch.), 27 avril 1933: *Nouvelle Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1934, p. 88.

qualifications : 1° celle du domicile du W. D.; et 2° celle du domicile légal de sa femme (1).

Seulement de ces deux qualifications, la première est déterminée sans aucune remarque, alors que la seconde est nettement indiquée.

W. D., ancien sujet de l'Empire russe, était au jour du jugement du Tribunal Civil de la Seine, de nationalité polonaise. Sa femme, née N... de Brangança, d'origine américaine, avait gardée, suivant l'article 3 du « Cable Art » du 22 septembre 1932, sa nationalité, même après son mariage. Les époux sont mariés devant l'Officier de l'état-civil du district de Nicesia, dans l'île de Chypre, le 10 décembre 1930. Mais après un an et demi, le 15 juillet 1932, D. a formulé une demande de divorce, à laquelle la dame D a répondu par une demande reconventionnelle. Le Tribunal a voulu tout d'abord justifier sa compétence. En effet, une jurisprudence constante a proclamé à maintes reprises l'incompétence des Tribunaux français dans des litiges entre étrangers, surtout quand il s'agit de questions d'Etat telles que le divorce. Mais en fait, on a dû apporter à ce principe, si rigide en soi, tant d'exceptions qu'il est appliqué de moins en moins. Précisément, quand le défendeur ne possède plus de domicile à l'étranger, aucun tribunal étranger ne peut connaître du litige. Dès lors, si cet étranger se trouve domicilié de fait en France, le tribunal français devient compétent pour statuer sur des litiges concernant même les questions d'Etat (2).

(1) Ce jugement contient encore une autre qualification concernant la forme du mariage, et il sera repris un peu plus loin.

(2) NIBOYET, *Man. de Dr. Intern. Pr.*, n°s 786 à 792, pp. 895-902. Aussi Cass. req. 30 décembre 1930, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1931, p. 619.

Revenons à l'affaire W. D. Voici comment le Tribunal, dans son jugement, a apprécié les faits :

« Attendu que D... justifie de dix ans d'installation en France où il a terminé ses études, qu'après un voyage de noces en Turquie il a demeuré de façon constante à Paris, où il était domicilié sans interruption depuis six mois au moins lors de la présentation de la requête, ainsi que l'établit le certificat du commissaire de police du quartier de la Muette; que sa femme demeure dans l'Ile de Capri (Italie), où elle a été régulièrement citée; que le domicile matrimonial n'en est pas moins fixé en droit à Paris; que le domicile légale d'une femme mariée ne saurait être autre que celui de son mari, aux termes de l'art. 108, alinéa 1^{er} du Code civil, la loi française, *dans cette question de qualification, étant seule applicable*; qu'ainsi, le Tribunal de la Seine a donc été régulièrement saisi; que sous peine de déni de justice, il importe qu'il le reste, les parties n'étant plus domiciliées dans leurs pays d'origine et n'y pouvant trouver des juges; ... »

Dégageons la première qualification, celle du domicile de W. D. Le Tribunal a constaté, tout d'abord, que W. D. a vécu en France pendant dix ans. Il y a même fait ses études. Or cette habitation réelle dans ce pays est justement l'élément de fait, qui est nécessaire à l'établissement du domicile.

Mais le Tribunal s'exprime d'une manière particulière. Il indique que « D... justifie de dix ans d'installation en France ». Il est certain que le Tribunal déduirait de « *l'installation de D... en France* », non seulement son habitation réelle, mais aussi son intention d'y fixer son principal établissement.

Donc, W. D. ayant justifié de son séjour pendant dix

ans en France, avec l'intention de s'y installer, y avait son domicile. Cela correspond exactement à la lettre de l'article 103 du Code civil qui dit que « le changement de domicile s'opèrera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement ».

De ce fait, nous croyons pouvoir conclure que le Tribunal, dans la solution de ce premier problème de qualification, s'est inspiré uniquement de la loi française.

Ainsi, le domicile du mari étant établi, nous arrivons à celui de la dame D...

Sur ce point les termes dans lesquels le jugement est rendu ne nécessitent aucun commentaire.

Il y est précisé qu'aux termes de l'article 108, alinéa 1^{er}, du Code civil, le domicile légal d'une femme mariée ne saurait être autre que celui de son mari, et déclare nettement que la loi française, dans cette question de qualification, est seule applicable (1).

(1) Contre cette application de l'art. 108 du Code Civ., ARMINJON, *Précis de Dr. Inter. Pr.*, t. II, p. 63. Dans le sens du jugement rapporté: NIBOYET, *Man. de Dr. Intern. Pr.*, p. 688, n° 569, et un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 24 janvier 1930, Cl. 1931, p. 97, ainsi conçu: « Attendu qu'à l'audience de conciliation du 10 janvier 1930, la dame P., épouse C., défenderesse à une demande en divorce, a soulevé l'incompétence des tribunaux français, en particulier celle du Tribunal Civil de la Seine, motifs pris de ce que les conjoints appartiennent tous deux à une nationalité étrangère;

« Attendu que d'après l'art. 59, § 1^{er}, C. pr. civ., le tribunal compétent est, en cette matière, celui du domicile de l'époux défendeur, que la femme mariée, non séparée de corps, n'a d'autre domicile que celui de son mari;

« Attendu que C., de nationalité américaine ainsi que sa femme, marié aux Etats-Unis, est domicilié à Londres; qu'il demeure, de façon habituelle, dans cette ville où il a son principal établissement;

b) Affaire des époux Gerhard Aengenendt c. dame Stollberg. — Le même principe de la *lex fori* a été appliqué dans un arrêt de la Cour de Colmar (1^{re} Chambre civile) du 14 janvier 1925 (1).

Les époux Aengenendt avaient reconnu, par acte authentique passé à Lorquin (Lorraine), le 11 novembre 1913, devoir solidairement à la dame Stollberg la somme de 40.000 marks. D'autre part ils lui avaient consenti, pour sûreté, une hypothèque sur un immeuble rural situé en Lorraine. Le 20 avril 1920, les époux Aeugeneudt ont offert à leur créancière la somme de 8.869 francs, représentant, au cours du mark à cette date, le montant de leur dette en principal et intérêts : Madame Stollberg l'a refusée. Après avoir versé cette somme à la Caisse des Dépôts et Consignations, les époux Aeugeneudt ont assigné la dame Stollberg devant le Tribunal de Saverne, en vue d'obtenir l'extinction de la dette, et la radiation de l'inscription hypothécaire.

En première instance la dame Stollberg, pour justifier son refus, prétendait avoir droit à la conversion, au taux

« Attendu que, pour s'opposer à l'incompétence, C. se prétend domicilié à Paris, mais qu'il ne justifie pas de cette prétention ;

.....
« Attendu, en outre, que le fait par lui de se dire domicilié en France dans un brevet anglais, celui d'avoir fondé une société à Paris, le fait, encore, d'avoir payé dans cette ville diverses taxes ou redevances, ces diverses circonstances, prises isolément ou réunies, sont inopérantes pour lui constituer à Paris un domicile, au sens de l'art. 102 C. civ. ;... »

Ici encore, le tribunal donne compétence à la loi française pour la qualification des deux domiciles : celui de la femme et celui du mari.

(1) Cl. 1925, p. 1044. *Rev. juridique d'Alsace et de Lorraine*, p. 165.

de 1 fr. 25 pour un mark, prévue par l'article premier de l'arrêté monétaire du 4 avril 1919, et subsidiairement, au cours du mark en novembre 1914. Car, selon une stipulation prévue dans le contrat, sa créance était devenue exigible, à cette date, par suite du non paiement des intérêts échus. Contre la prétention de la dame Stollberg, les époux Aengenendt opposèrent un argument tiré du texte même de l'article premier de l'arrêté monétaire de 1919. En effet, cet article dispose que : « l'art. 11 de l'arrêté du 26 novembre 1918, relatif au régime monétaire de l'Alsace et de la Lorraine, est applicable à toute obligation née et à tout acte de disposition passé en Alsace ou en Lorraine entre les catégories de personnes qui y sont désignées, d'une part, *les ressortissants des pays alliés ou neutres domiciliés en Alsace* ou en Lorraine avant le 1^{er} août 1914, d'autre part, et entre les dits ressortissants des pays alliés ou neutres ».

Les époux Aengenendt ont soutenu qu'ils avaient leur domicile à Gennep (Hollande) et ne pouvaient en avoir d'autre, étant donné que les articles 77 à 82 du Code civil hollandais n'admettaient pas la pluralité de domiciles. Par conséquent n'étant pas domiciliés en Lorraine, ils prétendaient n'avoir pas été mis en demeure. Le Tribunal civil avait considéré les époux Aeugeneudt comme étant domiciliés en 1914 en Lorraine.

La Cour de Colmar, sur l'appel des Aengenendt, dans son arrêt confirmatif du jugement du Tribunal civil, a déterminé le domicile des appelants selon la *lex fori*. Il a décidé que « ...la qualité de domicilié, au point de vue monétaire, en cette matière de caractère essentiellement territorial, spéciale à l'Alsace et à la Lorraine, d'ordre interne et de droit public, ne peut dépendre de législa-

tions externes et diverses, est déterminée de façon générale et uniforme par la *lex fori*, par la loi en vigueur en Alsace et en Lorraine » et l'arrêt continue en ces termes : « Attendu qu'aux termes de l'art. 7, C. civ. loc., l'établissement à demeure constitue le domicile, et le domicile peut exister en même temps en plusieurs lieux ;

« Attendu, en conséquence, qu'il n'importe que Aeugeneudt ait un établissement et domicile à Gennep (Hollande), s'il possède également, depuis une époque antérieure au 1^{er} août 1914, un établissement à demeure en Lorraine ; que cela est établi par l'enquête à laquelle il a été procédé en première instance... »

Dès lors, par application de l'art. 1^{er} de l'arrêté du 4 avril 1919, le paiement doit être effectué au taux de conversion de 1 fr. 25 pour un mark. Ainsi donc l'arrêt, sans égard à la nationalité des appelants, a fait une application complète de la *lex fori* pour la qualification du domicile.

c) Affaire Coutant ès qual. c. Maës Rougier. — La Cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 3 février 1926 (1), de la déclaration de faillite d'un étranger, en France.

En effet, Rougier, de nationalité belge, a été déclaré failli par le Tribunal de commerce de la Seine. Il s'agissait de savoir si Rougier pouvait être assigné en déclaration de faillite devant les tribunaux français. L'affaire était d'autant plus intéressante qu'elle mettait en cause l'interprétation d'un traité diplomatique. Rougier a invoqué l'incompétence du Tribunal de commerce de la Seine, vu qu'il n'avait jamais acquis de domicile en France dans

(1) Cl. 1927, p. 73.

le ressort du dit Tribunal et n'avait pas cessé d'être domicilié en Belgique. Il se basait sur l'art. 8 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899 qui dit que « Le Tribunal du domicile d'un commerçant français ou belge, dans l'un ou l'autre de ces deux pays, est seul compétent pour déclarer la faillite ». La Cour l'a débouté de sa prétention, et déclaré « qu'on ne saurait, en effet, interpréter sur ce point l'art. 8 de la convention franco-belge autrement que l'art. 438 du Code de commerce qui, en spécifiant que la déclaration de la cessation des paiements doit être faite au greffe du Tribunal de commerce de son domicile au sens commercial du terme, c'est-à-dire le lieu où le commerçant exerçait son commerce, et s'est trouvé en état de cessation de paiements : « Ainsi, Rougier, reconnu domicilié dans le ressort du Tribunal de commerce de la Seine, a vu l'exception d'incompétence de cette juridiction repoussée (1).

N° 2. — *L'Etat et la capacité des personnes.* — Le Code civil ne s'est occupé que de l'Etat et de la capacité des Français. L'article 3, § 3, décide que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Il en résulte que l'état et la capacité se trouvent soumis à la loi nationale.

Mais si cela apparaît comme une règle vis-à-vis des Français, on ne trouve, sur ce point, dans le Code civil, aucune indication concernant les étrangers. Toutefois, il

(1) D'autres cas de jurisprudence dans BENNET, *Le domicile des étrangers en France*, Thèse, Toulouse 1912, p. 77., et LEVASSEUR, *Op. cit.*, p. 153.

n'y a, aujourd'hui, nul doute, que ce principe ne soit applicable même aux étrangers. « Malgré le silence du Code, la doctrine, en France, est à peu près unanime, depuis longtemps, pour soumettre le statut personnel des étrangers à la loi nationale. Elle considère que la solution expresse de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, n'est que l'application aux Français d'un principe absolument général » (1).

Quant à la jurisprudence, elle est fixée, depuis longtemps, en faveur de la loi nationale des étrangers.

Mais, malgré l'adoption, par la doctrine et la jurisprudence, de la compétence de la loi nationale en cette matière, les exceptions ne manquent pas. C'est justement sur ce terrain que les conflits de qualifications apportent le plus de dérogations au principe général. La jurisprudence nous fournit plusieurs exemples.

I. *Le mariage.* — a) Affaire Roitstein c. Roitstein.

Le Tribunal civil de la Seine (1^{re} Chambre), dans son jugement du 26 juin 1912 (2), a dû qualifier une prescription de la loi étrangère selon la loi française. Il s'agissait d'une demande de nullité, d'un mariage contracté en France, entre étrangers.

Roitstein, israélite russe, avait épousé la demoiselle Frenda Malka Karlin, également israélite et de nationalité russe, le 18 novembre 1905, devant l'officier de l'état civil du 18^e arrondissement. Dans sa demande d'annulation de mariage, il se basait sur ce fait que le mariage n'avait été suivi d'aucune consécration religieuse, alors que d'après les règles du statut personnel des israélites

(1) NIBOYET, *Manuel de Dr. Inter. Pr.*, p. 699, n° 584 et s.

(2) Cl. 1914, p. 202.

russe, le mariage ne serait pas valable sans sa célébration par un ministre du culte israélite. Or, le tribunal a jugé que le mariage était parfaitement valable.

Certes, en matière d'état et de capacité, le principe général admet la compétence de la loi nationale. En l'espèce il semble que c'est la loi russe qui devait être appliquée. Mais selon la loi française, qui est ici la loi du *for*, la consécration religieuse ne fait pas partie des règles de fonds (1). Elle est considérée comme simple formalité, et par conséquent, soumise à la *lex loci actus*. Un mariage célébré en la forme religieuse, dans un pays où cette forme est seule usitée pour contracter mariage, serait tout à fait valable, même aux yeux de la loi française (2). Or, les époux Roitstein s'étaient mariés en France. Pour contracter un mariage, qui serait valable tout au moins aux yeux de la loi française, sinon devant la loi russe à cette époque, ils ne pouvaient suivre que la loi française. Ainsi, le Tribunal, ayant qualifié la consécration religieuse selon la *lex fori*, a dit que « s'il est de principe que les étrangers sont effectivement régis en France par les règles de leur statut personnel, il ne saurait en découler, pour les autorités judiciaires françaises, l'obligation d'annuler, par application des dites règles, les actes qui ont été régulièrement accomplis en France, en conformité de lois d'ordre public français... » (3)

(1) Cl. 1908, p. 150. Note sous le jugement, dans un cas analogue, en sens contraire, du Tribunal Civil de la Seine (1^{er} Ch.), du 25 novembre 1907.

(2) NIBOYET, *Manuel de Dr. Inter. Pr.*, p. 723 et s., n° 614.

(3) Sur une espèce analogue, le jugement du Trib. Civ. de la Seine du 27 avril 1933, *Nouvelle Rev. de Dr. Intern. Pr.*, p. 88, Cl. 1934, p. 1903. *Supra*, p. 34.

b) Affaire Avramovich. — Un cas analogue fut jugé par la Cour de Paris (1^{re} Chambre) le 17 novembre 1922 (1). Une dame C..., de nationalité française, demandait l'annulation de son mariage, contracté avec le sieur A..., sujet serbe, devant l'officier de l'état civil de la commune de Moret-sur-Loing. Elle s'appuyait également sur ce motif que la loi serbe exige, pour la validité du mariage, une célébration religieuse, même si l'un des conjoints appartient à une autre confession.

La Cour, confirmant le jugement du tribunal saisi en premier lieu [Trib. civ. de la Seine (1^{re} Ch.), 7 janvier 1922], a déclaré: « que le mariage des époux A... ayant été célébré en France suivant les formes françaises, il importe peu que, d'après la loi serbe, la forme religieuse soit la seule reconnue par l'Etat serbe... » (2)

II. *Divorce*. — Affaire Klein c. dame Klein. — Un arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1912 (3) devait décider d'un jugement de divorce entre deux époux de nationalité autrichienne. La loi autrichienne oblige les époux à se présenter avant le divorce devant l'autorité religieuse, et en l'espèce devant l'autorité rabbinique. Or, la Cour, ne tenant compte que de la qualification française, a décidé « que les conditions imposées à la tentative de conciliation par la loi autrichienne constituaient une procédure de pure forme, *distincte du fond*; que cette

(1) Cl. 1923, p. 85.

(2) Il est à remarquer que la jurisprudence que nous venons de citer, sur la validité du mariage, rectifie en quelque sorte une jurisprudence antérieure. Trib. Civ. Seine (1^{er} Ch.), 28 avril 1906, Cl. 1906, p. 1146, et Trib. Civ. Seine (1^{er} Ch.), 25 novembre 1907, Cl. 1908, p. 1148. V. NAQUET, *Du mariage des Juifs en France*, Cl. 1908, p. 739.

(3) Cass. Req., 22 juillet 1912, D. 25, I. 127.

procédure trouvait son équivalent dans la loi française et était régie par la loi de notre pays lorsque le fond du litige y était apporté. »

III. *Filiation.* — Une question de qualification concernant la filiation naturelle s'est posée à propos des dispositions contenues dans le Code civil allemand.

En effet, l'article 1708 de ce Code déclare que « le père d'un enfant naturel doit assurer à l'enfant... l'entretien ».

D'autre part, l'article 1717 dit que : « on doit considérer comme père d'un enfant naturel, dans le sens des art. 1708 à 1716, celui qui a cohabité avec la mère pendant la période de la conception... »

Ainsi, un enfant naturel allemand pourrait, en vertu de ces dispositions, poursuivre son père naturel, en vue d'obtenir des aliments. Mais si la recherche de la paternité naturelle est admise en Droit allemand, c'est uniquement dans le but de permettre à l'enfant de réclamer des aliments à celui que l'article 1717 du Code civil allemand présume être son père. En d'autres termes, cette recherche n'aboutit pas en outre à établir un lien de parenté entre l'enfant et le père (1).

Si on prend en considération, seulement le but pécuniaire de l'action en recherche de la paternité du Code civil allemand, cette action peut nous paraître, comme étant d'une nature différente, de celle admise par l'article 340 du Code civil français.

La jurisprudence, sur ce problème, est nette. Elle n'hésite pas à appliquer la qualification française.

(1) ROUX, *De la condition des enfants naturels dans le Code Civil Allemand*. Thèse, Paris 1902, p. 59.

a) Affaire Martini c. Muller. — Dans cette affaire, une des plus récentes, la Cour de Colmar a rendu un arrêt (1) très détaillé. Il s'agissait d'un mineur allemand qui réclame à un sieur A. Muller de lui verser une rente alimentaire mensuelle de 180 francs, jusqu'à l'accomplissement de sa 16^e année. Voici en abrégé la teneur de l'arrêt de la Cour de Colmar :

« Attendu que cette action, dont il est précisé qu'elle est basée sur le Droit allemand et « sans qu'il soit demandé de constater une parenté naturelle entre l'enfant et le défendeur », trouve donc sa source dans les art. 1708 et suiv. du C. civ. allemand;

« Attendu que ces articles, quelle que soit la prudence et la subtilité de leur rédaction, s'appuient sur une idée de paternité, comme en témoigne d'ailleurs leur texte même... que dès lors, le droit à l'allocation d'une pension de cet ordre repose nécessairement sur une question de paternité qui doit donc être préalablement tranchée;

« Or, attendu que l'art. 340, antérieurement à la loi du 16 novembre 1912, déclarait en termes formels : « la recherche de la paternité est interdite », alors que l'article suivant déclarait, et déclare encore : « la recherche de la paternité est admise »;

« Attendu que ce principe subsiste encore malgré les tempéraments apportés à l'art. 340 par la loi précitée.

« Or, attendu que la loi allemande, ainsi qu'il a été dit, base ici le droit à indemnisation pécuniaire, non sur un préjudice possible subi par la mère par le fait seul d'une conception et d'une naissance, mais sur une paternité, préalablement constatée, « mais à laquelle elle n'a

(1) Colmar (2^e Ch.), 8 juillet 1933, Cl. 1934, p. 918.

pas entendu faire produire toutes les conséquences juridiques possibles et logiques » ;

« Que, dès lors, en égard d'ailleurs à la facilité des preuves qu'il autorise en la matière, l'application du Code civil allemand est ici incomptable avec le principe d'ordre public qui domine en France les textes qui réglementent la constatation judiciaire de la paternité hors mariage ;

« Attendu, dès lors, que la demande introduite au nom de l'enfant Martini est irrecevable, comme tendant à soulever *une question d'état qui ne peut l'être* en France que dans les conditions limitées par la loi. » La Cour de Colmar n'a pu voir, dans les dispositions des articles précités du Code civil allemand, qu'une question d'état civil. Cette solution est conforme à l'opinion de M. Bartin : « Cette action correspond bien à une relation prétendue de père à enfant, à une obligation légale possible de celui-là envers celui-ci, dont elle est la sanction. Nous ne pouvons, dès lors, l'envisager en France que comme une action en recherche de paternité semblable, par son fondement juridique, à la nôtre. Le père y est poursuivi et condamné en qualité de père, et c'est l'essentiel. Peu importe que la loi allemande ait réduit à leur minimum les conséquences de la procréation, peu importe qu'elle se soit bornée à faire peser sur le père une simple obligation alimentaire », « tout cela peut changer artificiellement la qualification de l'institution, mais c'est tout : et cette qualification, nous la rejetons » (1). M. Bartin indique d'ailleurs que cette solution est une conséquence certaine du principe général des qualifications (2).

(1) BARTIN, *Principes*, tome II, pp. 355-356.

(2) *Ibid.*, p. 356, note 1 et renvoi au tome I, § 86.

Deux autres décisions ont également suivi la qualification de la *lex fori*.

b) Affaire W... ès qual. c. H... — Le Tribunal civil de la Seine reconnaît, par son jugement du 23 février 1932 (3), à la demande d'aliments d'un mineur de nationalité allemande contre son prétendu père, la nature de la recherche de la paternité naturelle selon la qualification française.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un mineur allemand, enfant naturel. Le père de la mère naturelle demande la condamnation de l'auteur de l'enfant au paiement d'une pension pour l'entretien de celui-ci par application des art. 1708 et 1717 du Code civil allemand. Le défendeur prétend que le demandeur ne peut se prévaloir du statut personnel de l'enfant, l'action introduite n'ayant point pour objet l'état civil de celui-ci, mais le paiement d'une pension accordée par la loi allemande. Sur ce moyen, le Tribunal a jugé comme suit : « Attendu que la demande tend à la condamnation de H... au paiement d'une pension pour l'entretien de l'enfant comme père de celui-ci;

Attendu qu'une telle demande, encore que son but immédiat soit simplement une condamnation pécuniaire, n'en présuppose pas moins l'attribution à H... de la paternité de E. W..., qu'il s'agit donc bien là d'une question d'état, quelques limites que doivent être, d'après le Code civil allemand, les effets de l'attribution de paternité dont s'agit... »

Finalement, le Tribunal a déclaré que « l'action introduite par W..., tendant à ce que H... soit, en tant que père de E... W..., condamné à payer une pension ali-

(3) Cl. 1933, p. 356. S. 1933-2-145.

mentaire pour l'entretien de celui-ci, met en jeu une question d'Etat. »

De même, dans une espèce analogue, le Tribunal d'Agen suit le point de vue de la *lex fori* (1).

N° 3. — *Contrats*. — En matière contractuelle les conflits de qualifications ont une importance toute particulière. Nous savons déjà que les obligations conventionnelles forment la partie la plus délicate du droit international privé. Le principe de la liberté des conventions paraît laisser aux parties une faculté de choix très large, en ce qui concerne la loi applicable à leur contrat. Mais cette liberté dans le choix d'une loi est-elle illimitée ?

De nombreuses règles impératives viennent restreindre

(1) Trib. Civ d'Agen, 25 avril 1932. S. 1932, I. 226. Cl. 1933, p. 349.

Les décisions que nous avons rapportées, viennent en quelque sorte, rectifier la solution en sens contraire donnée par le Tribunal Civil de Wissembourg dans son jugement du 10 juin 1925 (Cl. 1926, p. 634). En effet, le tribunal a suivi la qualification de la loi étrangère. Il a déclaré l'action du mineur allemand irrecevable, en jugeant que la demande ne concernait pas la question d'Etat. Et il a refusé d'appliquer la loi allemande. D'autre part, la loi française n'admettant pas qu'un enfant réclame des aliments à un homme qui n'est pas juridiquement son père, sur ce point aussi il a repoussé la demande du mineur. Toutefois, les décisions ne sont pas toujours concordantes sur le point de l'admission des aliments accordés par le Code Civil allemand, et sur le caractère d'ordre public des preuves à l'appui, de l'établissement de la paternité. L'arrêt de Colmar dans l'affaire Martini c. Muller a refusé les aliments et soulevé le caractère d'ordre public de la limitation des moyens de preuve de l'article 340. [Dans le même sens encore, Colmar, 27 janvier 1931, Cl. 1931, p. 1044.] Tandis que le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 23 février 1932, a admis les moyens de preuve de la loi étrangère en vue de l'obtention des aliments.

Voir Cass., Ch. Civ., 4 fév. 1924, D. 1924, I. 38, note , et WAHL, *La recherche de la paternité d'après la Loi du 16 novembre 1912*. Paris 1913, p. 24, n° 22 et 23.

son domaine. D'autre part, dans la détermination de la nature des contrats, la théorie des qualifications apporte des restrictions différentes de celles des règles impératives. D'ailleurs, il est rare que les parties expriment nettement leur volonté. Dans ce cas c'est la loi qui supplée à cette lacune.

Certes, si la loi compétente, en ce qui concerne un contrat, est déterminée par les parties elles-mêmes, tout problème de qualification qui peut se présenter ultérieurement, suivra la solution donnée par cette même loi. Cela est admis par M. Bartin (1). Mais dans le cas où le problème de la qualification se présente préalablement à toute solution d'un litige, la *lex fori* devient aussitôt la seule compétente pour résoudre ce problème.

a) Ainsi, en matière de contrat par correspondance, le lieu de la formation est nécessairement déterminé par la *lex fori*. Chaque fois qu'une volonté expresse n'indique pas un autre endroit, la loi du *for* le fera suivant sa propre conception (2).

Le système admis par la plupart des auteurs français est celui de l'émission. Le contrat se forme au lieu et au moment où les deux volontés, celle de l'offrant et celle de l'acceptant, se rencontrent. Donc, dès l'instant où l'acceptant émet son acceptation, le contrat est parfait (3). Quant à la jurisprudence, elle se montre plutôt indécise.

On trouve des décisions dans le sens du système de l'émission et aussi dans celui de la réception.

(1) *Principes*, p. 231 et s.

(2) VALÉRY, *Manuel de Dr. Intern. Pr.*, n° 659.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1931, p. 379, n° 986. — COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, pp. 273-274.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine (6^e Chambre), du 29 mai 1913 (Cl. 1914, p. 163) a adopté le système de la réception. Il s'agissait d'un jugement rendu par le Tribunal de commerce de Gand le 22 juin 1912.

Le Tribunal civil de la Seine a repoussé la demande de l'*exequatur* de ce jugement, comme étant rendu par un tribunal incompétent. Et il a motivé sa décision de la manière suivante : « Attendu que le litige porté devant le Tribunal de commerce de Gand avait trait à l'exécution d'un contrat commercial formé par correspondance dont la Société Saccazan et Farah a pris l'initiative par son ordre de commande du 22 septembre 1910, adressé de Paris, à la Société Van Acker et Braun, à Gand, et qui s'est complété par l'acceptation de cette dernière adressée par elle de Gand par lettre du 4 septembre 1910, à la Société Saccazan et Farah, auteur de la proposition initiale par la remise de la lettre qui la formulait à son destinataire à Paris; attendu que c'est donc à Paris que s'est formé le contrat et que la ville de Gand n'était point le siège du *forum contractus* attributif de compétence... »

Un arrêt de la Cour de Colmar (1^{re} Chambre civile) du 11 mars 1925 (Cl. 1926, p. 411), dans une espèce différente, a également suivi le même système (1). Par contre, un autre jugement du Tribunal civil de la Seine du 26 novembre 1913 (Cl. 1916, p. 1225) se rallie au système de l'émission. La Cour de Paris (1^{re} Chambre),

(1) Dans le même sens : Orléans, 26 juin 1885, D. P. 1886-2-135, S. 1886-2-30; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 1893-2-324; Toulouse, 13 juin 1901, D. P. 1902-2-16, S. 1902-2-174; Nîmes, 4 mars 1908, D. P. 1908-2-248, S. 1910-2-106; Aix (1^{er} Ch.), 23 novembre 1908, Cl. 1909, p. 745.

dans un arrêt du 7 novembre 1913 (Cl. 1917, p. 590), s'est prononcée dans le même sens (1).

Il en résulte donc que l'on ne peut dire exactement quel est le système adopté définitivement par la jurisprudence. Toutefois, nous croyons qu'il est permis de dire que la jurisprudence, tout en adoptant les deux systèmes, intervenait souverainement sans s'inspirer d'une loi étrangère. Car, malgré que, d'après l'article 1985 du Code civil, le système français (2) soit celui de l'émission, chaque fois qu'un litige, par l'application du système de la réception, pouvait tomber sous la compétence de la loi française, les tribunaux ont suivi ce système.

Mais un autre problème de qualification s'est posé pour une espèce plus intéressante et a été résolu suivant le système de la *lex fori*.

b) Affaire Sachet c. Compagnie Internationale des Wagons-Lits (3). — Le 28 août 1920, Sachet avait pris place, à la gare de Lyon, dans le « Simplon-Express », à destination de Szegedin (Hongrie). Au cours du voyage, entre Streza et Milan, il constate la disparition d'objets lui appartenant. Sachet a assigné la Compagnie des Wagons-Lits devant le Tribunal de commerce de la Seine en paiement d'une somme d'argent à titre de dommages-intérêts. Sur quoi se basait-il ? Il ne pouvait pas invoquer les dispositions de l'article 1384 du Code civil. Car il ne pouvait pas prouver que le vol ait eu lieu par la faute d'un préposé de la Compagnie. Etant donné que le colis volé n'avait pas fait l'objet d'un contrat de trans-

(1) Egalement dans ce sens: Douai, 15 mars 1886, D. P. 1888-2-37; Bordeaux, 29 janvier 1892, D. P. 1892-2-390.

(2) COLIN et CAPITANT, *Op. cit.*, p. 273.

(3) Cour d'Appel de Paris (5^e Ch.), 6 décembre 1923, *Gaz. Pal.* 1924, p. 74.

port, il ne pouvait pas non plus soulever la responsabilité du transporteur.

Il se basait uniquement sur les articles 1952 et 1953 du Code civil. En effet, l'article 1952 dit que : « Les aubergistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire », et l'article 1953 ajoute que « ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie... »

Or, en premier ressort, le Tribunal de commerce de la Seine n'avait pas reconnu responsable la Compagnie des Wagons-Lits.

Sachet, devant la Cour, a soutenu que le Tribunal avait mal jugé la nature du contrat. Il disait que celui-ci n'était pas un contrat de transport, mais plutôt un contrat analogue à celui qui intervient entre un hôtelier et un voyageur qui loue une chambre. La Compagnie des Wagons-Lits est un hôtelier, qui assure à sa clientèle une cabine et un lit, dans un hôtel qui se déplace.

Le contrat de transport intervient entre la Compagnie des chemins de fer et tout voyageur qui paye son billet. Tandis que celui que l'on contracte avec la Compagnie des Wagons-Lits n'a pour objet que la location d'une cabine. Cela est si vrai que les wagons de la Compagnie des Wagons-Lits sont eux-mêmes transportés par la traction de la locomotive de la Compagnie de chemins de fer. Par conséquent, suivant les articles 1952 et 1953, la Compagnie des Wagons-Lits devrait être responsable au même titre que l'hôtelier.

La Compagnie des Wagons-Lits soutenait au contraire que la nature du contrat devait être déterminée par son objet essentiel, or cet objet est le transport.

Donc la question posée est bien la suivante : Le contrat qui intervient entre la Compagnie des Wagons-Lits et le voyageur est-il un contrat de transport ou un contrat d'hôtellerie ?

La Cour a adopté le premier point de vue. Il a dit que l'article 1952 était une dérogation au droit commun. Il crée un régime particulier pour un cas déterminé. Par conséquent, ses dispositions sont essentiellement limitatives. Et, « considérant que le contrat qui intervient entre le voyageur et la Compagnie dont le matériel est destiné à rouler, soit dans un train spécial dit « de luxe », soit en entrant dans la composition d'un express appartenant à une Compagnie de chemins de fer, est donc un contrat de transport dont l'exécution est assurée par le concours simultané de la Compagnie de chemins de fer et de la Compagnie des Wagons-Lits;

Considérant que cette dernière Compagnie ne saurait par suite rentrer dans la catégorie des hôteliers et aubergistes tenus par l'art. 1952 C. civ. à la responsabilité exceptionnelle et rigoureuse résultant d'un dépôt nécessaire, a repoussé la demande de Sachet et a approuvé le jugement rendu par le Tribunal de commerce de la Seine le 11 novembre 1921. La Cour, dans sa décision, n'a fait que suivre une jurisprudence déjà établie (1).

(1) Trib. Civ. Nice, 9 février 1892, *Gaz. Pal.* 1892-2, supp. 42, D. P. 1893-2-179; Trib. Civ. Seine, 14 mai 1892, *Gaz. Pal.* 1892-1-676, S. 1892-2-156, D. 1893-2-179, 25 novembre 1892, *Gaz. Pal.* 1892-2-624, D. 1893-2-557; Cass. civ., 3 février 1896, *Gaz. Pal.* 1896-1-275, S. 1896-1-165, D. 1898-1-502; Trib. du Com. Seine, 16 juin 1921. Les auteurs

Dans une espèce différente, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans lequel nous trouvons encore la consécration de la théorie des qualifications.

c) Affaire l'Etat français c. Carathéodory (1). — L'Etat français avait passé un contrat, avec un particulier de nationalité turque, par lequel il avait pris à bail un immeuble sis à Istanbul. L'acte était passé dans cette ville. A la suite d'un incendie de l'immeuble, un litige surgit entre les parties. Il s'agissait de déterminer la législation des loyers applicable à ce contrat. L'Etat français voulait se prévaloir de la législation française. Le propriétaire de l'immeuble, Carathéodory, soutenait la compétence de la législation turque. La Cour de Paris, dans son arrêt du 5 janvier 1928, avait fait prévaloir le point de vue de l'Etat français. La Cour de cassation a cassé cet arrêt. Car à la base du litige il y avait un problème de qualification duquel dépendait la solution du litige. Quelle était la qualification du contrat passé à Istanbul. Etait-ce un bail ? Ou bien était-ce un acte administratif, passé par l'Etat, selon le droit administratif français ? En effet, l'acte a été passé à l'époque où cette ville était occupée par les troupes alliées. L'Etat français y avait la possibilité de réquisitionner des biens. Si on considère cet acte comme un acte de réquisition, évidemment on ne pourrait chercher la solution du litige dans les règles du bail. Car une réquisition, comme tout acte de gouvernement, est soumise aux règles spéciales du droit public.

sont partagés. Dans le même sens que la jurisprudence, AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VI, § 406, note 4. BAUDRY et WAHL, *De la société, du prêt et du dépôt*, 2^e éd., n^o 1237 et suiv., *Contre la jurisprudence Jossierand, Les transports*, p. 831 et 862.

(1) Cass. (Ch. Civ.), 31 mai 1932. *Rev. critiq. de Dr. Intern.*, 1934, p. 909. S. 1933-1-17.

La Cour d'appel avait, suivant la *lex fori*, qualifié l'acte de bail. Seulement, devant le silence des parties, en ce qui concerne la loi applicable au contrat, avait admis que « toute personne privée qui traite avec un Etat souverain, se soumet, par le seul fait qu'elle traite avec lui, aux lois de cet Etat. » La Cour de cassation a confirmé la qualification de la Cour d'appel. Car, en effet, les lois de la guerre autorisent parfaitement les réquisitions en territoire ennemi. Seulement, selon la *lex fori*, ces réquisitions doivent alors se faire d'après les règles de la loi de l'Etat qui occupe le territoire, en l'espèce d'après les règles de la loi française de 1877. Or, suivant la qualification de la Cour de Paris et de la Cour de cassation, le contrat avait bien pour objet un bail, et il n'était nullement « un acte d'autorité de l'Etat français, assimilable à la réquisition, au séquestre ou à toute autre mesure consécutive à l'état de guerre. »

Dans ce cas, la loi applicable à cet acte était celle du droit commun, c'est-à-dire celle du lien de la passation, la loi turque. La Chambre civile a cassé l'arrêt sur ce point, mais elle a confirmée la qualification de la *lex fori* (1).

N° 4. — *Succession*. — La matière des successions ne comprend pas les mêmes institutions dans tous les pays.

(1) Le contrat de mariage est rattaché en droit français à la matière du droit des contrats Niboyet, *Op. cit.*, p. 828, n° 711. Les époux ont le libre choix de leur régime matrimonial. La qualification française ne classe pas le contrat de mariage dans le statut personnel. Donc, aux yeux de la loi française, un régime matrimonial librement choisi sera toujours valable, même si la loi qui régit l'état et la capacité des époux le prohibe. Seine, 16 juillet 1910, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1911, p. 380....

(2) BARTIN, *Principes*, t. II, p. 147.

Chaque législation, selon son point de vue, place telle institution dans le cadre des successions, et en exclut telle autre. Par conséquent, cette matière, aussi, est un terrain semé de conflits de qualifications. Ainsi, la jurisprudence française nous donne quelques exemples de conflits de qualifications, résolus d'ailleurs par la *lex fori*.

a) Affaire Marinacée Cavallace c. Chabrol (ès qualités) et Weisben. — La Cour d'appel de Paris (1^{re} Chambre), a jugé une disposition de la loi russe qui limite la succession à 10.000 roubles. Quelle était la nature de cet émolument successoral.

La Cour a déclaré que la limitation à cette somme de tout émolument successoral ne constitue ni une taxe successorale ni un droit de mutation, mais une véritable spoliation. Et elle ajoute que les tribunaux français ne pouvaient pas en faire état.

b) Affaire des époux Sandri-Volpi c. Reduzzi et autres. — L'arrêt de la Cour de cassation (2) relatif à cette affaire a eu à déterminer la nature d'une institution contractuelle consentie par la dame Peduzzi à son futur conjoint. Car la dame Peduzzi était de nationalité italienne. Elle était, par conséquent, soumise à la loi italienne. Or, la loi italienne prohibe, d'après la convention de La Haye du 17 juillet 1905, aux époux de faire des donations de biens à venir. Elle les frappe d'une nullité absolue. Donc, dans la conception de la loi italienne, cette prohibition est considérée comme une règle de capacité. Mais l'institution contractuelle en question était consentie sur des immeubles situés en France. La Cour, prenant

(1) *Gaz. des Tribunaux*, 1934-2-236.

(2) Cass. (Ch. des Req.), 7 mai 1924. *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1924, p. 406.

ceci en considération, a dit que suivant l'article 3, § 2, du Code civil, les immeubles, même ceux possédés en France par des étrangers, sont régis par la loi française. D'autre part, la loi française autorise les futurs époux à se faire, dans leur contrat de mariage, des donations portant sur tout ou sur une partie des biens qu'ils laisseront à leur décès.

Ainsi, la Cour, repoussant la qualification italienne, a suivi celle de la loi française, et a validé l'institution contractuelle (1).

c) Affaire Greck c. Attard et Sultana. — La Cour de cassation, dans cette affaire, a qualifié le retrait successoral (2).

Un Maltais, Charles Greck, mourait à Alger et laissait une succession à partager entre dix-huit héritiers, tous Maltais comme lui. Deux d'entre eux, les dames Sultana et Abel, cédèrent par acte authentique leurs droits successifs à un sieur Attard qui, lui-même, par un autre acte, rétrocéda la moitié de ses droits à un autre. Les deux actes de cession furent notifiés aux héritiers.

Deux d'entre eux signifèrent à Sultana et à Attard leur volonté d'opérer le retrait successoral dans les termes de l'art. 841 du Code civil. Attard et Sultana opposèrent que le retrait devait être exercé conformément à la loi maltaise qui prévoit un délai d'un mois pour exercer le retrait à compter de la notification de la cession. Le Tribunal de Constantine avait déclaré que la loi française s'appliquait incontestablement aux immeubles de la suc-

(1) Dans le même sens: Cass. (Ch. Civ.), 2 avril 1884, aff. Antonelli c. Garcia de la Palmira, Cl. 1885, p. 77.

(2) Cass. (Ch. Civ.), 8 mars 1909. *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1909, p. 887.

cession situés en France, et que l'exercice du retrait était indivisible par sa nature et que, dès lors, il devait s'étendre à la succession conformément à la loi française. La Cour de cassation a décidé, en tenant compte de ce que la transmission *ab intestat* ou testamentaire de la succession mobilière d'un étranger n'est pas régie par la loi française, mais par la loi nationale de cet étranger, lorsque celui-ci, résidant en France, n'y a point acquis un domicile, à défaut de son admission au domicile légal, que dès lors si, pour les immeubles, à raison de leur situation en Algérie, la succession de Charles Greck se trouve régie par la loi française, elle est, quant aux meubles, restée soumise à la loi maltaise.

D'autre part, le droit d'exercer le retrait successoral est inhérent à la qualité d'héritier; et ainsi, la loi qui régit la transmission de la succession est aussi celle qui règle l'exercice de ce droit et, par conséquent, en ce qui concerne la partie mobilière de cette succession, la loi maltaise était applicable. De cette manière, la Cour juge selon la qualification française, que le retrait successoral est d'une nature successorale se rattachant à la dévolution héréditaire.

d) Une autre question de qualification se pose encore, sur le sujet de la succession de l'Etat. En France l'Etat recueille tous les biens qui sont vacants et sans maître.

Ce droit lui est réservé par le Code civil dans l'article 539 : « Tous les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine publics », et dans l'article 713 : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. »

Mais quelle est la nature de ce droit ?

Est-ce un droit successoral ? ou un droit tout à fait différent ?

Chaque pays adopte un système différent.

En France, « l'Etat n'est pas un héritier ; il ne succède pas au défunt en vertu d'une vocation héréditaire ; c'est son droit de souveraineté qu'il exerce » (1).

De ce fait, naturellement, l'Etat français ne peut en aucune façon réclamer des biens restant vacants dans un pays étranger. Puisque, quand ces biens sont situés en France, il les recueille souverainement, il ne peut exercer cette souveraineté dans un autre pays étranger. Dans la conception française, l'Etat acquiert ces biens en quelque sorte par occupation. M. Niboyet reconnaît que le droit de l'Etat est un droit d'occupation au sens romain (2).

Comme l'Etat français ne peut pas occuper des biens se trouvant à l'étranger, il résulte de la même conception qu'aucun autre Etat non plus n'aura le droit d'en prendre en France. Une jurisprudence constante a nettement soutenue la conception française.

Affaire Adolphe Paris c. Colonie de Madagascar.
— La Cour d'appel de Tananarive (30 juin 1909) pose nettement le principe. Voici comment débute l'arrêt :

« Attendu que c'est une règle de droit international reconnue en doctrine et en jurisprudence... et d'ailleurs paraissant constamment suivie dans les rapports de la France avec les autres nations..., que c'est en vertu d'un droit de souveraineté, et non à titre d'héritier, que tout Etat recueille les biens d'un individu décédé sans laisser de successible, que, partant de ce principe, si l'on ne

(1) PLANIOL et RIPERT, *Op. cit.*, p. 452, n° 1922.

(2) NIBOYET, *Op. cit.*, p. 519, n° 427.

saurait admettre un Etat étranger à faire acte de souveraineté en France, et si, par suite, le droit de prise et de disposition de l'Etat français s'étend à tous les biens meubles et immeubles, laissés en France par l'étranger dont les biens sont en déshérence, à l'inverse lorsqu'il s'agit de la succession d'un Français décédé sans laisser, d'après la loi qui le régit, de parent au degré successible, l'Etat français ne peut faire acte de souveraineté au delà des limites de son territoire et réclamer des biens laissés à l'étranger par le Français dont il a appréhendé la succession comme en déshérence ».

Un jugement du Tribunal de Bordeaux du 12 février 1852 (1) donne des précisions dans des termes différents. « Attendu que nonobstant la rubrique du titre dans lequel se trouvent placés les articles 723 et 768, ...la disposition des articles 723 et 768 doit être considérée comme une conséquence du principe général de l'art. 713 aux termes duquel tous les biens qui n'ont pas de maîtres appartiennent à l'Etat; que s'il en est ainsi, c'est évidemment non pas à titre d'héritier mais à titre de propriété et de souveraineté que les successions vacantes sont acquises à l'Etat et qu'aucune distinction ne peut dès lors être faite suivant la nationalité du *de cuius*. » (2)

N° 5. — *Procédure*. — Les lois de procédure dépendent exclusivement de la compétence de la *lex fori*. Cela est une règle universelle. Elles servent à établir la justice

(1) D. 54-2-154.

(2) Egalement dans ce sens: Trib. Nice 19-2-1906, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1907, p. 228; Seine référés, 22 juin 1897, Cl. 1897, p. 1034, Cass. req. 28-6-1852, S. 1852-1-537; Seine, 2 février 1832 sous Paris, 15 novembre 1833, S. 1833-2-594, D. 34-2-2.

dans la société. Leur but est essentiellement collectif. Dans tous les pays, elles sont invariables, c'est-à-dire qu'elles régissent tous les actes de procédure qui se présentent dans leur ressort.

Mais il n'existe pas moins des différences très sensibles entre les lois de procédure de divers pays.

D'autre part, telle règle reconnue par une législation comme une règle de procédure, peut être considérée, suivant une autre, comme relative à la forme extrinsèque des actes juridiques, d'où nombreux conflits de qualifications des règles de procédure.

Mais ici le principe de la compétence de la *lex fori* est admis par tout le monde (1).

a) Affaire Bouvier c. Fleury. — Un arrêt de la Cour de la Cour de Paris (1^{re} Ch.), du 22 mars 1924 (2), devait décider de la nature immobilière ou mobilière d'une action en pétition d'hérédité.

En l'espèce, l'action en pétition d'hérédité intentée par une dame Bouvier contre la dame Fleury, tendait à revendiquer le prix d'un immeuble successoral.

Considérant l'objet de la revendication, qui n'était que le paiement d'une somme d'argent, la Cour, suivant la *lex fori*, a dit que cette action en pétition d'hérédité était une action réelle mobilière. Et par là, elle a approuvé aussi la compétence du premier tribunal saisi, qui était celui du défendeur.

(1) NIBOYET, *Op. cit.*, p. 678, n° 556.

(2) Cl. 1925, p. 117. *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, p. 558.

b) Affaire Drouvin c. Roach. — Un arrêt de la Cour d'appel de Douai (1) a statué sur une espèce différente. Des époux canadiens ont demandé le divorce devant un tribunal français. Au Canada, le divorce ne peut, d'après la loi, être prononcé qu'en vertu d'un bill privé du Parlement. La question était de savoir si cette disposition se rattachait au fond ou à la procédure.

Dans les termes suivants : « Attendu que s'il ne peut être statué en matière de divorce au Canada que dans les formes particulières, par un bill privé du Parlement canadien, l'existence de cette procédure spéciale ne pourrait suffire à empêcher les tribunaux français saisis de la demande en divorce de deux époux canadiens de statuer sur cette demande selon la procédure française; que, ce faisant, les tribunaux français substituent leur action à celle de la juridiction spéciale canadienne, la Cour a décidé que, selon la qualification de la *lex fori*, qu'il s'agissait d'une règle de procédure. Les règles de procédure étant d'ordre public, les tribunaux français pouvaient substituer dans ce cas leur propre règle (2).

(1) Douai, 9 janvier 1924, S. 1924-2-113.

(2) Un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. Civile), du 29 mai 1905, aff. Levinson (S. 1906-1-161, avec une note de M. Pillet, p. 163; *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1905, p. 518, Cl. 1905, p. 1006, D. 1905-1-353), a rendu une décision en sens inverse. M. Levinson, israélite de nationalité russe, résidant depuis de longues années en France, a contracté mariage avec une femme israélite de nationalité française devant l'Officier de l'état-civil français, et son mariage a été suivi de la consécration religieuse d'un ministre de culte israélite. M^{me} Levinson demande le divorce. Le procès arrive jusqu'à la Cour de Cassation. La Cour, statuant sur le second moyen de la dame Levinson, dit: « Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué d'une part, que Levinson est de nationalité russe, et, d'autre part, en vertu de la législation russe qui confère à la femme étrangère, épousant un sujet de ce pays,

c) Affaire Consorts Sudreau c. De Fils et Société foncière et immobilière de France. — Le Tribunal civil de la

la nationalité de celui-ci, la dame Levinson a perdu, par l'effet de son mariage, la qualité de Française et se trouve soumise quant à son statut personnel, aux lois de l'Empire de Russie; que le mariage contracté le 8 juillet 1894, devant l'Officier de l'état-civil du IX^e arrondissement de Paris, a reçu ensuite la consécration du ministre du Culte israélite, auquel appartiennent les deux époux; qu'il est dès lors valable, d'après la loi française, qui fait état seulement du mariage civil, et d'après la loi russe, qui ne donne effet qu'au mariage religieux; qu'aux termes de cette dernière, le divorce des israélites, comme leur mariage, est exclusivement régi par la loi religieuse et consiste essentiellement dans la rupture du lien religieux; qu'il ne peut résulter que d'une décision de l'autorité rabbinique, qui a seule qualité pour dissoudre comme pour célébrer l'union conjugale de ses corréligionnaires; qu'enfin, il est assujéti pour sa validité, tant en la forme qu'au fond, à l'accomplissement de certains rites établis par la loi religieuse.

Attendu que si les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi française sont applicables au cas où les étrangers portent devant les tribunaux français un litige intéressant leur état, ce litige ne peut toutefois être apprécié que d'après la loi nationale des parties; que, par suite, les tribunaux français se trouvent dans l'impossibilité d'en connaître, si les dispositions de la dite loi, soit par la juridiction qu'elles imposent, soit par les conditions de forme ou de fond qu'elles édictent, sont contraires à l'ordre public français; que dans ces diverses hypothèses, l'instance doit nécessairement aboutir à une déclaration de non recevabilité, puisqu'elle ne saurait être jugée, ni d'après la loi étrangère, qui ne peut recevoir son application en France, ni d'après la loi française, qui ne peut lui être substituée. Attendu... que la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses, élève alors une fin de non recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis. »

La Cour a nettement adopté le point de vue de la loi étrangère. M. Pillet, dans sa note, s'étonne de voir la Cour de Paris et la Cour de Cassation, pour établir l'incompétence du Tribunal français à prononcer le divorce, émettre cette idée que la loi russe, qui réserve à l'autorité rabbinique le divorce des israélites, est d'ordre public en France. Et cela, malgré le caractère territorial des lois d'ordre public. Pourtant, en France, ce qui est d'ordre public, c'est que les divorces des israélites soient soumis aux tribunaux civils.

Seine (1) a rendu un jugement relatif à une légitimation. Nous savons que la loi française subordonne la légitimation à une reconnaissance de l'enfant naturel par un acte authentique (2). Dans son jugement, le Tribunal considère la constatation de la reconnaissance par acte authentique comme une règle de fond, sans tenir compte de la loi étrangère (3).

Nous avons terminé l'étude de la jurisprudence française relative à la compétence de la *lex fori* en matière des conflits de qualifications.

Il nous reste maintenant à voir rapidement quelles sont les exceptions qui dérogent au principe général de M. Martin.

Un point est hors de doute. La classification des biens est toujours déterminée par la loi de la situation des biens. C'est une règle commune à tous les pays. Et tous les auteurs admettent cette exception à la qualification par la *lex fori* (4). La jurisprudence suit aussi l'opinion cou-

(1) Trib. Civ. Seine (1^{re} Ch.), 3 mars 1927, Cl. 1927, p. 1040.

(2) NIBOYET, *Op. cit.*, p. 760, n° 647.

(3) Un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. Civ.), du 25 août 1847, S. 47-1-712, a déterminé la nature de la prohibition, par la loi anglaise, à ses ressortissants de faire leur testament en la forme olographe. L'arrêt a décidé « que les lois qui déterminent les formes dans lesquelles doit être rédigé le testament ne touchent pas à la capacité du testateur, mais seulement aux solennités extérieures, qui doivent accompagner l'expression de sa volonté ». Pourtant, dans une espèce analogue, le Trib. Civ. de la Seine a adopté la qualification étrangère, 19 février 1927 (1^{re} Ch.), *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1928, p. 102, avec note de M. Niboyet, qui critique la solution du tribunal.

(4) Toutefois, contre cette exception, NIBOYET, *Op. cit.*, p. 508. M. Niboyet reprend ses deux arguments: l'un de nécessité et l'autre juridique, pour soutenir la compétence de la *lex fori*, même en matière des biens.

rante. Nous avons un arrêt (1) de la Cour de cassation qui pose la question et apporte une décision précise sur le problème. Il s'agissait d'une mine située en Russie. La loi russe considérait cette mine comme un meuble.

Conformément à la loi française, la Cour a déclaré « que les immeubles seront régis par la loi du pays dans lequel ils sont situés; que la question de savoir si certains biens sont meubles ou immeubles ne peut être résolue que par la loi du pays où ils se trouvent ». (2)

Aujourd'hui, M. Bartin ne maintient que cette exception. Il ne met plus dans cette catégorie les rapports de droit relevant de la liberté des conventions.

L'Etat, en ce qui concerne ces rapports, abandonne la solution des conflits de qualifications par sa propre volonté. Il ne subit pas l'influence d'une souveraineté étrangère. Plutôt lui-même agit souverainement.

Une autre exception se présente à propos de la fameuse question de renvoi. Qu'est-ce donc que le renvoi ? Nous reproduisons ici la définition de M. Philonenko (3). « Le renvoi, dit cet auteur, est un effet de la prise en considération de la règle de droit international privé de la loi étrangère, normalement applicable. »

Pour la mieux illustrer, prenons un exemple : Les règles de conflits de lois du droit français soumettent la capa-

(1) Cass., 5 avril 1887, S. 1889-1-387.

(2) Dans le même sens, Seine, 14 mars 1894, Cl. 1894, p. 815. La question devient plus importante quand il s'agit des biens qui sont considérés comme immeubles d'une manière fictive, c'est-à-dire des biens incorporels. Dans ce cas, la jurisprudence a une tendance à suivre la *lex fori*. Cass. 28, juillet 1862, S. 62, I. 988, et 15 juillet 1885, S. 1885 I. 825.

(3) PHILONENKO, *La théorie du renvoi en droit comparé*. Paris 1934, p. 1.

cité juridique à la loi nationale. C'est un principe qui doit s'imposer aux tribunaux dans tous les cas. Or, d'autre part, la loi anglaise fait régir cette capacité non par la loi nationale, mais par la loi du domicile. Selon la conception de la loi française, c'est la loi anglaise qui est applicable. La loi anglaise va-t-elle être appliquée ?

La loi anglaise forme un ensemble qui contient des règles de droit interne et des règles de droit international.

Quelle partie de la loi anglaise sera-t-elle appliquée ? La solution du problème dépendra précisément de la réponse qui sera donnée à cette question.

Le Droit français, en admettant le principe de la compétence de la loi nationale en matière de capacité, a établi assurément une règle de Droit international qui est d'une nature impérative, du moins pour des tribunaux français. Par conséquent, le juge, dans l'application de cette règle, ne doit prendre en considération que les règles de Droit interne du pays étranger, relatives à la capacité juridique. Mais si l'on applique au contraire la loi anglaise dans son ensemble, cela comprend aussi bien les règles de droit interne, que celles de droit international. Nous savons que selon une règle du droit international anglais, la capacité juridique est soumise à la loi du lieu où la personne a son domicile. Ainsi, le tribunal français saisi obéira à la loi anglaise et appliquera à la capacité d'un Anglais domicilié en France, la loi française.

La jurisprudence française a accepté la théorie du renvoi. Il existe de nombreuses décisions qui l'ont admise. Nous ne discuterons pas ici les raisons qui militent pour ou contre cette théorie. Seulement, nous allons voir comment, avec l'application de cette théorie, on arrive à écarter la qualification de la *lex fori*. Nous prendrons tout

d'abord le célèbre arrêt Forgo, dans lequel la théorie du renvoi a fait son apparition.

a) Affaire Forgo (1). — Forgo, enfant naturel de nationalité bavaroise, était venu en France à l'âge de cinq ans. Jusqu'à sa mort, à l'âge de 68 ans, il avait toujours résidé à Pau. Il laissait une succession mobilière, et la loi applicable à cette succession était celle du domicile du défunt, en l'espèce la loi bavaroise, car les tribunaux avaient jugé que Forgo avait conservé son domicile d'origine en Bavière. Par conséquent, la loi applicable à la succession était la loi bavaroise. Or, cette loi soumet les biens meubles à la *lex rei sitæ*, c'est-à-dire à la loi française. Mais la Cour de Toulouse a pris en considération une autre disposition de la loi bavaroise.

En effet, la loi bavaroise dispose que « la dévolution des successions *ab intestat* doivent être régies par la loi du lieu où le *de cujus* avait sa résidence effective et permanente et où il est mort ». La Cour, suivant cette disposition de la loi bavaroise, constate que Forgo « avait acquis un domicile en France au sens que le droit bavarois attache à ce mot » et dit « que s'il n'avait pas acquis un domicile en France, le domicile régulier et légal défini par l'article 13, il avait tout au moins le domicile de fait ou la résidence durable, qui, d'après le statut bavarois équivaut au domicile légal français et produit les mêmes effets.

b) Affaire Bourgeoise (2). — Dans cette affaire également, la qualification du domicile est établie par la loi renvoyante. Il s'agissait de préciser l'intention des époux afin de déterminer leur régime matrimonial. Le tribunal

(1) Toulouse, 2 mai 1880, S. 1880-2-294.

(2) Seine, 22 mai 1890 sous Paris, 25 novembre 1891, Cl. 1892, p. 471. S. 1896-2-273.

a constaté le séjour du sieur Bourgeoise en Angleterre pendant longtemps. Celui-ci avait même demandé sa naturalisation, il en a conclu que Bourgeoise était marié sous le régime de droit commun anglais. D'autre part, Bourgeoise était revenu en France. Il s'y était établi et y avait résidé jusqu'à sa mort.

Le tribunal a jugé « que les faits postérieurs au mariage ne sauraient rétroagir sur les conventions matrimoniales, ni les modifier, mais qu'ils peuvent, à bon droit, être pris en considération comme révélant après coup quelle était la volonté qui avait présidé à la formation de ces conventions », et « qu'il résulte des certificats de coutume et autres autorités juridiques produits par les frères Johns, que, si le régime de la séparation de biens est le droit commun des mariages formés sans contrat en Angleterre, il est dérogé à ce principe quand le domicile matrimonial des époux n'est point en Angleterre, et que, dans ce cas, c'est la loi du dit domicile qui régit leur union ».

Ainsi, la loi anglaise reconnue compétente pour régir le régime matrimonial, le renvoyait à la loi du domicile. Le tribunal, sur ce renvoi, a déterminé le domicile selon la loi anglaise, la loi renvoyante, en disant « que ce domicile ne peut exercer une semblable influence que s'il s'agit d'un établissement fixe, définitif et impliquant l'abandon de tout projet de retour prochain sur le sol anglais, que Bourgeoise avait encore son domicile et le siège de sa fortune comme de ses occupations en Angleterre, au jour de son mariage; ...et s'il avait déjà retenu un appartement à Paris, un semblable déplacement, eu égard aux habitudes de la vie anglaise, n'est point à lui seul la preuve de l'intention de transporter définitivement en France son principal établissement ».

Le même système a été appliqué par deux arrêts de la Cour de Paris du 31 juillet 1895 (1) et du 13 mars 1899 (2).

c) Affaire Raphaël c. Hoirs Warburg. — Un jugement du Tribunal civil de Grasse du 3 mai 1926 (3) est des plus explicites et ne laisse aucun doute. Le jugement précise « que la jurisprudence française est fixée en ce sens que la succession mobilière d'un étranger doit être régie par la loi française lorsque cet étranger a été autorisé à établir son domicile en France, que d'autre part la jurisprudence et la loi anglaise consacrent la théorie du renvoi et s'en réfèrent pour leurs nationaux vivant à l'étranger à la loi du domicile, mais qu'il faut rechercher ce que la loi qui prononce le renvoi entend par domicile ».

Ainsi donc, les qualifications, après renvoi, ne sont plus de la compétence de la *lex fori*. Cette compétence, par le fait même de l'admission du renvoi, revient à la loi renvoyante.

L'Etat, qui admet le renvoi, abandonne le système de conflits de lois adopté par sa propre législation. Il s'en suit donc également l'abandon de la compétence de la *lex fori* en matière de conflits de qualifications.

Nous avons fini l'étude des conflits de qualifications en Droit international privé français.

On peut dire que la compétence de la *lex fori* est reconnue par la doctrine et par la jurisprudence. En est-il de même pour les droits anglo-saxon et italien ? C'est ce que nous étudierons dans les chapitres suivants.

(1) S. 1899, 2, 105.

(2) Cl. 1899, p. 794, aff. Soulié.

(3) Cl. 1928, p. 1044.

CHAPITRE II

ETUDE DE LA DOCTRINE ET DU DROIT ANGLO-SAXONS ET ITALIENS

Dans ce second chapitre, nous allons étudier la doctrine et le droit positif dans les pays anglo-saxons et en Italie, relativement aux conflits de qualifications, en comparaison avec le Droit français.

Dans ce groupe, la doctrine française a incontestablement une suprématie. Car si, en Italie, la théorie des qualifications a encore inspiré certains auteurs, il n'en est, on peut le dire, nullement de même dans les pays anglo-saxons. Cela ne veut pas dire que les conflits de qualifications ne se soient pas présentés devant ces juridictions étrangères. La question a été de tout temps et de tous les pays.

Surtout en ce qui concerne le droit anglo-saxon, étant donné le caractère particulier de celui-ci, elle était restée en quelque sorte latente.

Mais, à la lumière de la doctrine de M. Bartin, elle paraît aujourd'hui plus claire.

Section I. — Etude du Droit anglo-saxon

La physionomie générale du Droit anglo-saxon a une particularité. Elle est fondée sur un vieux fond coutumier. Essentiellement formé par la jurisprudence, c'est

un système de droit non écrit. Une décision judiciaire est une loi qui s'impose, pour l'avenir, à la Cour elle-même qui l'a rendue et aussi aux juges inférieurs qui siègent dans sa juridiction. Blackstone formule le principe en déclarant que « c'est une règle bien établie de se conformer aux précédents quand les mêmes questions se présentent dans une nouvelle affaire, afin que la balance de la justice reste toujours égale et fixe, sans devenir susceptible de monter ou de descendre suivant l'opinion de chaque nouveau juge » (1).

En France, aux termes de l'art. 5 du Code civil, il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. En Angleterre et aux Etats-Unis, au contraire, les magistrats prononcent presque toujours par voie de disposition générale et réglementaire. Aussi, la source principale du Droit anglo-saxon est-elle la masse de cette jurisprudence appelée « common law ».

Le Droit international privé n'est pas une discipline séparée de ce common law. Au contraire, il en est une branche. Comme lui, il est fondé sur la jurisprudence et particulièrement sur le fond coutumier à caractère territorialiste. Par cela il diffère de la conception continentale. En réalité, le Droit international privé anglo-saxon étudie les mêmes problèmes que le droit continental, et, le plus souvent, adopte aussi les mêmes solutions. Mais il existe une grande différence de méthode et aussi de raisonnement.

Les auteurs anglo-saxons n'admettent pas la méthode

(1) *Commentaries on The Laws of England*, vol. I, p. 54.

théorique des auteurs continentaux. Ils ne peuvent pas s'assimiler au goût de l'abstrait. Ils s'attachent beaucoup plus aux faits et s'occupent de déterminer la législation positive. Au lieu de formuler les principes qui forment ou qui doivent former une science de Droit international privé qui doit guider toutes les solutions de conflits de lois dans tous les pays, ils préfèrent par la méthode positive étudier les précédents judiciaires pour apprendre et enseigner le droit. Par conséquent, le rôle de la doctrine se trouve tout différent de celui des juristes continentaux.

Mais, malgré ces différences quant au système de droit et des méthodes employées pour l'étude de ce droit, les solutions auxquelles on arrive sur le continent et dans les pays anglo-saxons se rapprochent.

En droit français, le juge doit suivre la règle prescrite dans l'article 5 du Code civil. Mais il n'empêche qu'il s'inspire aussi de la manière dont il a déjà appliqué la loi dans le passé.

Les auteurs français qui étudient le droit international selon la méthode théorique, ont également toujours en vue la législation positive.

Aussi, le droit coutumier anglo-saxon, par cela seul qu'il est coutumier, n'est pas un système désordonné. En effet, Dicey déclare « que le souci d'exposer systématiquement la loi telle qu'elle est, n'est nullement contradictoire avec une explication de son fondement. Cette partie de la législation anglaise qui réglemente la reconnaissance extra territoriale des droits n'est pas une masse incohérente de maximes. C'est plutôt un système de règles qui dépendent toutes les unes des autres » (1). Le juge

(1) DICEY, *Digest. introd.*, p. 14.

puise les bases de ses décisions tout d'abord dans les quelques lois existantes (*Act of Parliament*), si l'objet du procès qui se présente devant lui se trouve réglementé par une de ces lois.

Mais, la plupart du temps, il a recours aux principes établis par les décisions précédentes. Malgré cela, s'il se trouve dans l'impossibilité de se procurer un arrêt directeur (*leading case*) il s'inspire alors des jugements des juridictions étrangères et aussi de l'opinion des grands jurisconsultes. Ainsi, la différence entre les législations continentales et anglo-saxonnes s'atténue dans une certaine mesure. Mais, par contre, devant les problèmes posés par les conflits de lois, ils ne raisonnent pas comme les auteurs continentaux.

Ils ignorent la question de la condition des étrangers, celle des droits acquis, et surtout une des plus graves questions, celle de la théorie des qualifications.

Certes, ils étudient les deux premières, mais d'une façon particulière, différente du droit international privé français.

Quant à la théorie des qualifications, s'est-elle posée dans le droit anglo-saxon ? Quelle en a été la solution ?

Nous pouvons dire, d'une façon générale, que la question des qualifications n'y a pas fait l'objet d'une étude particulière. Jusqu'à nos jours, aucun auteur anglais ne s'en est préoccupé. Dans aucun traité de droit international privé, il n'en est question (1).

Pourtant, dans le common law, les conflits de quali-

(1) Toutefois, voir dans la dernière édition du *Digest*, de DICEY (Londres, éd. 1932), intrd. p. 43.

fications ne manquent pas. Les Anglais et les Américains s'occupent certainement des problèmes posés par la théorie des qualifications. Seulement, suivant la méthode traditionnelle du droit anglo-saxon, restant toujours dans le concret, ils discutent incidemment ces problèmes sous des rubriques propres au droit anglo-saxon, comme, *meaning of Terms, substance and procedure, classification, interprétation, caractérisation* (1). Aussi, en droit américain, ne rencontrons-nous qu'une seule étude consacrée à la matière, par M. Lorenzen (2). Mais on peut dire qu'elle est restée comme une exception, car c'est seulement à la fin de l'année de 1934 que nous rencontrons un autre auteur, M. Beckett, qui traite la même question (3).

Les juridictions anglo-saxonnes étaient, de toute façon, amenées à s'occuper des qualifications, puisqu'aucun tribunal n'échappe à de tels problèmes.

L'affirmation n'est que la conséquence d'une observation et d'une analyse rationnelle des faits. Etant donné le caractère coutumier du Droit anglo-saxon, il suffit de trouver quelques principes formés par la coutume et des décisions judiciaires concernant ces problèmes, pour constater l'existence des mêmes problèmes.

Mais l'esprit particulariste des juristes anglo-saxons, peut-être aussi leur méfiance des idées générales, les a

(1) BROCKELBANK W. J., *La formation du mariage dans le droit des Etats-Unis*. Thèse. Paris 1934, p. 314.

(2) LORENZEN, Col., L. R. 1920, n° 3, p. 247.

(3) BECKETT W.-E., *The question of classification* (« Qualification ») in *Private International law. The British Year Book of International Law*, année 1934, p. 46. Egalement Cheshire, *Private International Law*, Oxford 1935, p. 2 et s. *conflicts of categories*.

retenus loin des discussions théoriques concernant les conflits de qualifications. Recherchons dans un ouvrage des plus célèbres du common law; Dicey, dans l'introduction de son *Digest*, veut formuler quelques principes généraux et fondamentaux qui gouvernent, selon la conception anglaise, le droit international privé. D'après l'opinion anglaise ces principes peuvent être groupés dans deux parties différentes : la première, concernant la compétence judiciaire, et la seconde, concernant les conflits de lois (1).

En ce qui concerne les conflits de lois, Dicey formule un principe pour le choix de la loi applicable dans un cas donné, en disant que « les effets d'un droit, reconnu par le droit anglais, acquis en vertu de la loi d'un pays civilisé, doivent être déterminés selon la loi sous laquelle ce droit est acquis (2) ». Cela paraît comme une conséquence du principe n° 1, d'après lequel « tout droit qui a été dûment acquis sous l'autorité de la loi d'un pays civilisé quelconque, est reconnu et ordinairement mis à exécution par une Cour anglaise » (3).

Mais, du principe de la détermination, des effets d'un droit acquis sous la loi d'un pays étranger selon cette même loi, ne découle pas forcément un désintéressement total du Droit anglais.

Au contraire, c'est la loi anglaise qui détermine la catégorie à laquelle appartient ce Droit. Dans la formule on rencontre les mots (un droit d'un type reconnu par la loi anglaise — a right of a type recognized by English law). Cela indique que le droit acquis doit faire partie de ceux

(1) DICEY, *Digest. Introd.*, p. 2.

(2) *Ibid.*, Principe général, n° V, p. 43.

(3) *Ibid.*, p. 17.

dont la loi anglaise admet la mise en action en Angleterre.

Or, dans l'ensemble de la législation anglaise, la place qui correspond au droit conféré par la loi d'un pays étranger, se trouve déjà déterminée par la loi anglaise elle-même. Une Cour anglaise, par conséquent, ne peut accepter la classification étrangère, du moins comme obligatoire. Le droit, dont il s'agit, l'exécution sur le territoire anglais, étant reconnu par la loi anglaise, c'est cette dernière qui fournira la qualification de ce droit. Cela, d'ailleurs, est suffisamment établi dans le Digeste.

A la suite du principe (1) que nous venons de citer, il est dit que « dans tous les cas, c'est à la loi anglaise, comme *lex fori*, qu'il appartient de déterminer si un rapport de droit (*si un groupe de circonstances*) donné, rentre dans une catégorie de rapports juridiques, reconnue par elle, et cela sans prendre en considération le point de vue de la législation étrangère (2).

L'affirmation n'est qu'une application de la théorie des qualifications. La loi anglaise est appelée à résoudre la question comme *lex fori*. C'est la solution admise par M. Bartin et qui est prédominante dans la doctrine française. Seulement, dans le Digeste, elle figure comme une règle coutumière. Le principe est encore affirmé dans un autre endroit du Digest. En matière de domicile (3), il est une règle en Droit anglais que toute personne capable peut acquérir un domicile de choix, par le fait d'une *résidence* dans un endroit, accompagnée d'une intention d'y

(1) DICEY, *Digest. Introd. Princ.*, n° V, p. 43.

(2) *Ibid.*, p. 44.

(3) *Ibid.*, règle 7, p. 83.

fixer son domicile, qui se manifeste par un séjour permanent ou pour une période indéfinie. La loi anglaise se base, pour la fixation du domicile, sur deux éléments, le *factum* et l'*animus*. Cela étant, il s'ensuit qu'aucune loi étrangère ne peut intervenir, aux yeux de la loi anglaise, dans la fixation de ce domicile de choix (1). Par conséquent, c'est la *lex fori* qui est compétente pour cette qualification. L'article 11 du Restatement (2) déclare qu'une question de domicile soulevée dans un procès est tranchée par la *lex fori*. Le commentaire est très explicite : « Il est impossible que toutes les législations et tous les tribunaux, qui étudient une idée ou un principe commun à toutes les nations, expriment cette idée ou ce principe sous une forme identique; même s'ils emploient un langage commun, il est impossible qu'ils attachent tous, aux mêmes termes, la même signification. Chaque Cour qui est saisie d'une question de domicile, appliquera sa conception nationale pour trancher le problème. »

(1) *Dacey Digest. Commentaire* ii 2, p. 92.

(2) Aujourd'hui, nous avons à notre disposition une autre source d'investigations pour le droit anglo-saxon. Depuis quelques années, l'American Law Institute a entrepris une codification officieuse du Droit américain, appelé le Restatement du Droit International Privé. Il ne s'agit là que d'un instrument destiné seulement à aider les juges. Il n'est pas dans les intentions de l'Institut de demander au législateur de lui donner une valeur légale. En effet, le Droit américain s'est occupé de la question des qualifications plus que le Droit anglais. Mais dans une mesure toutefois relative (LORENZEN, *Col. L. R.* 1920, n° 3, p. 247 et suiv.), le Restatement n'a pas formulé un principe pour la solution des conflits de qualifications comme il l'a fait pour le renvoi. Pourtant, étant donné que le Restatement forme une espèce de codification récemment faite, on aurait pu espérer de la part de ses rédacteurs une attention spéciale sur ce sujet. Dans son état actuel, on ne constate que des cas particuliers, dans lesquels le conflit se trouve tranché.

C'est à peu près une autre expression du commentaire de la règle 7 du Digeste. Seulement, le Restatement tranche la difficulté avec le langage plus précis des codes. La solution de la question est donnée de la même manière en Droit français. La jurisprudence a toujours appliqué exclusivement la *lex fori*.

En ce qui concerne l'Etat des personnes, le principe est encore le même. En matière de mariage, pour que l'union d'un homme et d'une femme puisse être qualifiée mariage en Angleterre, la seule loi compétente pour déterminer les conditions de cette union, est encore la *lex fori* (2). Le Droit anglais définit le mariage comme une union à vie entre un homme et une femme, à l'exclusion de toute autre. Cette définition forme l'idée maîtresse qui guide le juriste anglais dans l'appréciation de toute union d'une nature permettant la qualification : mariage. Tout mariage célébré à l'étranger n'est considéré comme tel que s'il est conforme à la définition anglaise du mariage qui fixe le point de vue par lequel le droit anglais envisage cette institution.

C'est également la *lex fori* qui détermine les conditions de forme par opposition aux conditions de fond du mariage (3).

Ici, le problème est bien délicat. Car les conditions de fond du mariage déterminent indirectement la capacité de contracter mariage. Or, le droit anglais admet le principe que la capacité des personnes est fixée par la loi

(1) Cf. NIBOYET, *Manuel de Dr. Intern. Pr.*, n°s 286, 289, 571.

(2) DICEY, *Digest. Intrad.*, p. 44, et règle 182, p. 732 et 28.

(3) *Ibid*, règle 182, pp. 732, 736 et s.

de leur domicile. Donc, en matière de mariage, la capacité des futurs époux se détermine par la loi de leur domicile. Quant aux formalités du mariage, le Droit anglais fait exactement application de la règle *locus regit actum*. Mais la question de savoir quelles règles concernent les formalités du mariage et quelles autres sont relatives à la capacité est de la compétence exclusive de la *lex fori*.

Le Restatement reconnaît, en matière contractuelle, la compétence de la *lex loci contractus* (1). Et le lieu du contrat se détermine par la loi du forum (art. 332). Mais quel est le critérium par lequel la *lex fori* détermine la *lex loci contractus* ?

L'article 333 du Restatement précise que ce lieu c'est la place où a été accompli le dernier acte nécessaire pour la conclusion du contrat. Donc, il s'agit de deux qualifications, d'abord celle du lieu du contrat, puis celle du dernier acte, nécessaire pour la conclusion du contrat. Le Restatement les détermine toujours selon la conception américaine.

En France, en matière contractuelle, autant que l'autonomie de la volonté, prise dans le sens de liberté des conventions, peut fonctionner, la *lex fori* se désintéresse de déterminer la nature de tout rapport de droit. Mais cette supposée liberté des conventions est limitée par des règles juridiques, de nature impérative. Une fois que cette limite est franchie, on retombe dans le champ légal des règles impératives.

D'ailleurs, les parties, tout en restant dans les limites de l'autonomie de la volonté, ne font en général aucun

(1) DICEY, *Digest.*, p. 671.

choix ni expressément, ni tacitement, d'une loi à laquelle elles peuvent soumettre leur convention. Ce qui les intéresse le plus, c'est d'avoir satisfaction en ce qui concerne les obligations mutuelles découlant de leur contrat. Dans ces cas, les tribunaux, faute de volonté exprimée, ont dû chercher l'intention des parties. Ils se sont attachés à certaines circonstances qui pouvaient leur fournir une solution (1). Ainsi, ils se prononcent souvent pour la compétence de la *lex loci contractus*. Ils présument que les parties ont eu l'intention de choisir la *lex contractus*. Mais ils déterminent le lieu de la formation du contrat d'après la conception de la *lex fori*.

Les tribunaux français, dans des cas plus rares, ont appliqué aussi la loi nationale commune des parties, lorsqu'aucune intention contraire n'apparaît.

Egalement, dans le cas où ils appliquent la loi du lieu d'exécution, ils s'inspirent uniquement de leur propre conception pour la détermination de ce lieu.

Parfois, ce système de détermination du lieu de la formation du contrat se complique. Au cas de contrat par correspondance, à l'élément du lieu de la formation s'ajoute un autre élément, qui est la fixation du moment de la formation. Pour les contrats consensuels, le Restatement considère que le dernier acte qui détermine le lieu de la formation, c'est l'acceptation. Quant aux contrats par correspondance (article 71) il arrive que « si une communication est envoyée d'un Etat dans un autre, chaque Etat a juridiction sur cette communication ». Cela est, en effet, une conséquence du système de la territo-

(1) DICEY, *Digest.*, p. 669 et s. Règles analogues.

rialité (1). Mais pour départager les Etats, le Restatement raisonne ainsi : « Puisqu'un seul contrat peut naître entre les parties, les deux Etats ne peuvent créer simultanément une obligation légale. L'Etat dans lequel l'acte est d'abord accompli peut y joindre une obligation. S'il ne le fait pas, l'autre peut créer l'obligation » (1). Mais il est facile de remarquer que l'explication est insuffisante. Car s'il arrive que le conflit soit négatif, le commentaire de l'article 71 ne suffit pas pour départager ces souverains et c'est finalement l'article 334 c. qui donne le moyen de découvrir l'élément principal qui définit le dernier acte nécessaire à la formation du contrat. Selon l'article 334, le juge trouve cette dernière qualification dans sa propre législation, sans se soucier des conceptions étrangères : « Quand un contrat est achevé par la transmission d'une commission par la poste, le *locus contractus* est l'endroit où la lettre est postée ». (Commentaire *b.*) C'est aussi le sens suivi par Dicey (2). M. Bartin est d'avis de choisir le système qui retarde le plus la conclusion. Le système français est que la volonté transmise produit son effet seulement *lorsqu'elle parvient à la connaissance du destinataire* (3).

En ce qui concerne la procédure, un jugement *a*, en Droit anglo-saxon, un effet novatoire. Dans l'exécution d'une décision étrangère, il ne s'agit plus du Droit primitif, mais d'un Droit nouveau créé par le jugement. Par

(1) Commentaire *a.*

(2) DICEY, *Digest.*, p. 251, note.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, p. 379.

conséquent, il importe de savoir si l'ordonnance d'une autorité étrangère donnée, constitue un jugement.

Le Restatement définit, dans son article 470 c., la notion américaine, sans s'intéresser à la terminologie et à la conception des souverains étrangers. Et l'art. 613 ajoute que le Tribunal applique toujours ses propres lois de procédure (1). La *lex fori* peut, seule, donner la solution de la question, à savoir ce qui relève de la procédure et ce qui appartient au fond. Le même principe est également en faveur en France (2).

Ainsi, des règles que nous avons trouvées dans le Digest et des articles du Restatement, nous avons pu constater que le droit anglo-saxon connaissait, aussi bien que le Droit français, les conflits soulevés à cause des différences qui existent entre la nature attribuée par les diverses législations aux mêmes institutions juridiques.

Le principe n° 5 de l'introduction du Digeste et le commentaire qui le suit posent nettement la question. La solution du problème est fournie dans tous les cas par la *lex fori*.

Pourtant, la règle de la *lex fori* comporte deux exceptions :

La première, en matière des biens, et la seconde, en cas de dommages.

La règle 149 du Digest (3) prescrit que : « la loi d'un pays où un bien est situé détermine si ce bien, ou un droit, une obligation ou un titre se rapportant à ce bien, est considéré comme immeuble ou meuble ».

(1) DICEY, *Digest*, règle 203, p. 849.

(2) NIBOYET, *Op. cit.*, n° 556.

(3) DICEY, *Digest.*, n. 579.

Ceci est une règle certaine du Droit anglo-saxon.

Elle existait déjà chez Story, qui disait que « chaque nation ayant le pouvoir d'édicter des règles qui fixent la situation juridique et la disposition de tous les biens qui se trouvent sur son territoire, peut attribuer à chacun d'eux le caractère qu'il lui plaît; aucune autre nation ne peut enlever ou modifier ce caractère » (1). Le Restatement reprend la même règle dans son article 227, ainsi formulé : « La loi de l'Etat où la chose est située détermine si la chose est un meuble ou un immeuble ».

La classification des biens en deux catégories comme meuble et immeuble est une règle traditionnelle. Elle est admise presque dans tous les pays, sauf quelques exceptions (2). Mais ce que l'on range dans ces deux catégories, diffère d'un pays à l'autre.

Pour certaines raisons économiques, des biens meubles d'une valeur durable, comme, par exemple, les rentes perpétuelles dans l'ancienne France, étaient considérées comme des immeubles.

Aujourd'hui, la loi peut toujours décider que des objets qui sont des meubles par leur nature seront soumis aux mêmes règles que les immeubles. Telles, les actions de la Banque de France. Aussi les immeubles par destination sont-ils des meubles immobilisés. Or, la loi qui, seule, peut vraiment déterminer la nature mobilière ou immobilière des choses, est celle du lieu où se trouvent situées ces choses. Aussi, comme les règles applicables à ces deux catégories de biens sont différentes, il importe toujours,

(1) STORY, n° 447.

(2) Le droit allemand ne connaît pas cette division.

avant toute chose, de résoudre la question de la qualification, qui, dans ce cas, dépend de la *lex rei sitæ*.

Cette compétence de la loi du lieu de la situation est reconnue, en Droit français, comme en Droit anglo-saxon (1), par tous les auteurs (2).

Toutefois, l'argument cité pour la compétence de la *lex rei sitæ* ne sera peut être pas le même en France et en Angleterre.

Pour M. Bartin, il y a aussi un argument historique à la base de la compétence de la *lex rei sitæ*. Mais le principal est celui tiré de la sécurité des transactions (3). En d'autres termes, l'essentiel, pour M. Bartin, est un argument pratique. Tandis qu'en Angleterre, il paraît être le résultat des principes féodaux. Les lois sont territoriales. Aucune loi étrangère ne peut régir des biens situés en Angleterre. D'ailleurs, pendant longtemps il fut admis que l'étranger ne pouvait posséder la moindre parcelle du sol britannique. S'il la possédait, automatiquement le roi en reprenait la propriété par la confiscation.

Cette rigueur n'a commencé à s'atténuer qu'au début du 19^e siècle. L'argument historique de l'exception à la *lex fori* paraît ainsi être plus fort en Angleterre qu'en France.

La seconde exception est celle des « *wrongs* ».

(1) LORENZEN, *Col. L. R.* 1920, n° 6. Falconbridge « *Contract and Conveyance in the conflict of Laws* », *University of Pennsylvania Law Review*, avril 1933, p. 662.

(2) Cf. NIBOYET, *Manuel de Dr. Intern. Pr.*, n° 418 et s. « La *lex fori* doit être compétente, même en matière de classification des biens. »

(3) BARTIN, *Etudes de D. I. P.*, p. 32.

Le Restatement reconnaît la compétence de la loi du lieu où le dommage a été éprouvé (article 414).

C'est cette loi qui apprécie de la conduite du coupable. En Angleterre, la question de savoir si un acte fait à l'étranger constitue ou non un dommage, dépend des points de vue de la loi du lieu de l'acte dommageable et de la *lex fori*. Aux Etats-Unis, une action peut être basée sur un fait préjudiciable, mais toujours selon la loi du lieu de l'acte qui a causé le dommage. Il en résulte que les dommages et intérêts qui peuvent être alloués, le seront selon la *lex loci delicti*. Or, en Angleterre, l'exception n'est pas complète. Il se peut qu'un dommage survenu dans un pays étranger, quoique non justifié et fautif par la loi du lieu, ne donne pas lieu à des dommages-intérêts dans ce pays. La loi anglaise se reconnaît un pouvoir d'appréciation. Et elle peut, qualifiant le fait selon sa conception, reconnaître à la victime le droit aux dommages-intérêts. Le Droit français admet, en principe, la compétence de la *lex loci delicti*. Par conséquent, pour des faits qui se sont produits hors de France, c'est la loi du lieu du fait qui s'applique. La *lex fori* n'intervient que dans le cas où la loi étrangère se trouve insuffisante. Car cela peut être incompatible avec l'idée de justice que se fait la *lex fori* (1).

De ce qui précède, nous pouvons dire sans hésitation que la common law, dans les pays anglo-saxons consacre généralement la compétence de la *lex fori* avec les exceptions admises dans la doctrine. Cette compétence reconnue à la loi du tribunal saisi se comprend facilement pour

(1) NIBOYET, *Op. cit.*, n° 490.

l'Angleterre et l'Amérique. Ces deux pays sont restés fortement attachés aux principes territorialistes du régime féodal. Les cours, et aussi les auteurs suivent encore, pour l'application de la loi étrangère, sur leur territoire, la vieille idée de *comitas gentium*. Il est vrai qu'aujourd'hui les auteurs modernes n'acceptent plus l'idée de la courtoisie purement et simplement. Depuis Savigny on a pu mieux distinguer ce qu'il pouvait exister de choquant dans cette idée. Ces auteurs voient dans cette théorie de la *comitas gentium*, en même temps une idée de respect dû aux règles de droit et de justice (1). Mais, d'une façon générale, le Droit anglo-saxon accepte encore les trois maximes de Huber qui forment la base du Droit international privé (2). Ainsi, ni Westlake ni Dicey n'acceptent la force obligatoire d'un Droit international privé universel.

Les juristes anglais considèrent que l'application de la loi étrangère n'est pas admissible indépendamment du souverain territorial. Aucune loi n'a d'elle-même compétence pour s'imposer sur un autre territoire. D'ailleurs, quand les cours anglo-saxonnes appliquent une loi étran-

(1) DICEY, *Digest.*, p. 7. Westlake. *Private International Law*, 7^e éd., pp. 20-21.

(2) I. — Les lois d'un Etat lient et affectent directement tous les biens et toutes les personnes qui y résident, qu'elles soient indigènes ou étrangères.

II. — Nul Etat ne peut régir directement les biens se trouvant en dehors de son territoire ou les personnes qui n'y résident pas, à l'exception de ses propres nationaux.

III. — Un Etat indépendant donnera effet par courtoisie internationale aux lois et actes juridiques d'un autre Etat, dans la mesure où cela pourra se faire sans porter préjudice à ses propres lois et aux règles fondamentales et distinctions de son ordre interne (*Internal policy*).

gère, elles ne le font pas à ce titre, mais elles exécutent plutôt un droit acquis sous cette loi (1). En France, au contraire, chaque fois qu'une loi étrangère se trouve compétente, elle se trouve appliquée à ce titre. En matière de capacité, de mariage, de divorce, on ne suppose pas une distinction comme en Droit anglais, entre la loi étrangère et le droit acquis en vertu de cette loi. Suivant le territorialisme anglais, chaque société organisée, en vertu de sa souveraineté, se trouve obligée de déterminer les droits ou obligations qui peuvent découler des faits juridiques, et cela sans considération des points de vue d'autres sociétés organisées. Toutes les fois qu'un Etat reconnaît et accorde la force exécutive à un certain droit acquis dans un pays étranger, ce droit n'est plus le même que celui accordé par la loi du pays étranger, mais, au contraire, est celui que l'Etat reconnaît.

Aussi M. Lorenzen, le seul auteur, aux Etats-Unis, qui ait étudié les problèmes de qualifications, approuve-t-il la reconnaissance de la compétence de la *lex fori* (2). Il envisage d'abord la possibilité de trois systèmes de solutions :

1° Essayer de trouver une conception internationale des diverses institutions juridiques et de les appliquer dans les cas de conflits.

2° Accepter les qualifications étrangères.

3° Suivre celles du tribunal saisi.

Le premier lui paraît impossible. Et il trouve qu'au point de vue pratique, seul les deux derniers systèmes

(1) DICEY, *Op. cit.*, p. 7.

(2) LORENZEN, *Col. Law Review*, 1920.

peuvent être considérés avec quelque intérêt. Mais il remarque tout de suite le cercle vicieux dans lequel on tombe avec le second système et il le repousse.

Il admet comme tout le monde les qualifications étrangères, seulement en matière de classification des biens. Finalement, il n'adopte, comme principe fondamental, que celui de la compétence de la *lex fori*.

Toutefois, à l'heure actuelle, nous assistons en Angleterre à un mouvement concernant la théorie des qualifications. Il est annoncé par M. Beckett. Certes, ce mouvement, si on peut l'appeler ainsi, est encore à son début. On aimerait espérer qu'il se développe dans l'avenir. M. Beckett est actuellement en Angleterre le seul auteur s'occupant des problèmes de qualifications. Il a exprimé son opinion et a étudié quelques cas concrets dans un article paru très récemment dans le *British Year Book of International Law* de 1934. Cet article nous paraît d'autant plus intéressant que l'opinion de M. Beckett, dans le milieu juridique anglo-saxon, nous semble revêtir un caractère particulier. Nous allons voir qu'il nous parle des principes généraux qui répugnent tant aux anglo-saxons.

M. Beckett reconnaît la théorie des qualifications. Seulement, il se méfie de toute généralisation. En d'autres termes, il n'admet pas de voir un conflit de qualifications dans toute réglementation différente des institutions juridiques, selon les diverses législations.

Il est d'accord avec les partisans du système de la *lex fori*, pour reconnaître que le conflit de qualifications qui se présente dans un litige, doit être résolu avant le litige même, car la loi applicable dépendra de cette qualification.

Il admet également la compétence de la *lex fori* dans

un conflit de qualifications entre deux lois étrangères. Mais sa principale objection consiste en ceci : la *lex fori* dénature souvent par ses propres qualifications, la loi étrangère. Elle n'en fait pas une application logique. D'autre part, au cas où une institution de droit étranger n'aurait aucune analogie avec une institution de droit interne, et ne pourrait pas recevoir de qualification par la *lex fori*, la question devient insoluble.

Par contre, après avoir fait ces observations, M. Beckett n'adhère pas non plus à la théorie opposée à celle de M. Martin. Car il croit fermement que la loi applicable à un litige est déterminée, après la solution du conflit de qualifications qui se présente avant tout autre conflit.

S'il n'existait que ces deux théories, d'une part celle qui admet la compétence de la *lex fori*, d'autre part celle qui préconise la solution admise par la loi applicable, M. Beckett déclare qu'il aurait suivi l'opinion de M. Donnedieu de Vabres (1), en disant comme lui que les problèmes de qualifications ne sont pas susceptibles d'une solution logique et satisfaisante (2).

Mais, heureusement, M. Beckett essaye de trouver un principe général. D'après lui, les règles de droit international privé ne peuvent pas permettre de juger tous les cas. Cependant, si leur fonction est de s'appliquer dans toutes les circonstances, elles doivent s'appliquer de telle manière qu'elles puissent apprécier également le caractère des règles et institutions de toutes les législations « La qualification (« Classification » dans le texte) est sim-

(1) Cl. 1898. p. 253.

(2) *British Year Book*, 1934. p. 58.

plement une interprétation et une application des règles de droit international privé aux cas concrets, par conséquent les conceptions de ces règles doivent être des conceptions d'une nature absolument générale (1).

Mais comment trouver ces conceptions ? M. Beckett nous en indique la source : C'est la jurisprudence analytique qui nous fournira ces conceptions. Cette jurisprudence sera obtenue par l'étude du droit comparé. Ainsi, ayant des principes généraux de conflits de lois, le juge peut les appliquer non seulement aux conflits avec des lois étrangères, mais même à la qualification des lois et institutions de sa propre législation. En d'autres termes, le juge doit recourir à ces principes généraux pour toute espèce de qualification. Seulement, M. Beckett envisage aussi le cas où cette jurisprudence analytique, fruit des études de droit comparé, ne répondrait pas au juge. Alors, fatalement, il retombe dans le système de la *lex fori*.

Nous ne discuterons pas pour le moment la valeur de ce système. Nous la retrouverons dans notre quatrième chapitre.

Mais nous pouvons dire que l'étude de M. Beckett étant encore très récente, et aussi exceptionnelle dans le Droit anglais, nous ne pouvons pas prévoir son influence.

En tout cas, nous croyons qu'il est intéressant de noter le fait que des études doctrinales commencent, même en Angleterre, sur des théories telles que la théorie des qualifications, qui, jusqu'à présent restaient propres au Droit continental. Mais malgré cela il nous est impossible de ne pas remarquer qu'en Angleterre, même dans une étude théorique, la grande place faite à la jurisprudence.

(1) *Britisch Year book*, 1934, p. 59.

M. Beckett parle du droit comparé et des principes généraux, mais il place encore au premier plan la jurisprudence analytique. C'est peut-être une conséquence de la méthode traditionnelle des anglo-saxons.

En terminant l'étude théorique de la théorie des qualifications en droit anglo-saxon, il nous reste à annoncer l'étude de cette question dans la jurisprudence. Elle fera l'objet du troisième chapitre.

Dans la section suivante, nous allons rechercher la position du problème en Droit italien.

Section II. — Etude de la doctrine italienne

Avec le Droit international privé italien, nous perdons de vue l'aspect particulier du Droit anglo-saxon. Il n'est plus question du Droit simplement non écrit, mais, au contraire, du Droit codifié sur le modèle du Code civil français. A ce titre, contrairement au Droit anglo-saxon qui s'éloigne du Droit français, celui-là s'en rapproche. D'autre part, le Droit international privé italien a puisé ses origines dans un fond coutumier qui est également commun au Droit français. D'une façon générale, l'esprit du Droit italien est en rapport étroit avec celui du Droit français. L'influence du Code Napoléon y est très marquée. La méthode casuistique et analytique anglo-saxonne cède la place, en Italie, à la méthode systématique et théorique qui est intégralement celle du Droit français. Contrairement à ce qui se passe en Angleterre, la doctrine en Italie a un rôle constructif comme en France. En somme il s'agit d'une législation à base latine.

Mais une caractéristique du Droit international privé

italien est qu'il se trouve dans une certaine mesure, si l'on peut dire, codifié. Cela est dû à l'influence de Mancini. La doctrine mancinnienne, à elle seule, représente l'école italienne. Elle a constitué un mouvement scientifique dans le Droit international privé italien et elle lui a donné son empreinte. Et le Code civil italien de 1865 a, aujourd'hui cette particularité de contenir, à côté d'une législation de Droit interne, des principes de Droit international privé. Or, nous savons combien le Code civil français de 1804 est, de ce point de vue, peu doté. Le seul texte législatif général ((la loi de 1927 sur la nationalité mise à part) en la matière c'est l'article 3. Tandis que le Code civil italien de 1865, dans ses dispositions préliminaires, a rassemblé, surtout dans les articles 6 à 12, les principes fondamentaux et généraux de notre science.

Etant donné la communauté d'origine, d'esprit et de méthode entre les Droits français et italien, de quelle façon ce dernier pose-t-il le problème des conflits de qualification ? Quelle est l'attitude de la doctrine et la solution que l'on en donne ?

Tout d'abord, il faut remarquer que la théorie des qualifications a été reçue avec intérêt en Italie. A la différence des pays anglo-saxons, les auteurs italiens l'ont enseignée et discutée. On peut ainsi constater l'énorme influence de la doctrine française. Mais on rencontre aussi dans la doctrine italienne certaines idées caractéristiques se dirigeant dans une direction différente de ce que l'on a vu jusqu'ici. Même certains juristes qui se sont prononcés dans un sens favorable à l'adoption de la théorie, l'ont fait en écartant les exceptions proposées par M. Martinou, au contraire, en estimant la théorie d'une portée pratique plutôt restreinte.

M. Diena (1) reconnaît la théorie des qualifications. Il reconnaît aussi, dans la plupart des cas, la compétence de la *lex fori*. Mais il trouve que la valeur que l'on attribue à la théorie est exagérée. « Il n'est pas nécessaire de discuter longuement, ni de faire des recherches pour sa solution. Car il ne s'en suivra aucun résultat. On peut toujours arriver aux mêmes résultats par les principes fondamentaux du Droit international privé. Il convient d'observer que les cas dans lesquels se trouvent de vrais conflits de qualifications sont rares et que beaucoup de ceux qui sont considérés comme tels ne le sont pas en réalité. »

« Il n'est pas nécessaire de voir un conflit de qualifications dans chaque diversité législative, entre plusieurs Etats, relativement à un même rapport de Droit. Autrement, en exagérant le nombre de ces conflits, on finirait par supprimer l'efficacité des normes de Droit international privé.

Si deux législations différentes considèrent, par exemple, un même individu, l'une comme majeur, l'autre comme mineur, l'une comme fils légitime, l'autre comme naturel, on n'a pas là, nécessairement, un conflit de législation. Aussi, la fixation de la nature des biens en meubles et immeubles ne constitue-t-elle pas une exception à un principe général. Il s'agit là, plutôt, de l'application d'une simple règle de Droit international privé.

Dans plusieurs cas également, les divergences supposées ne sont, en réalité, que simplement doctrinales.

Les règles du Droit privé reposent, dans toutes les législations des pays civilisés, sur certains concepts juridiques fondamentaux qui ne peuvent pas varier d'un pays

(1) DIENA, *Principi di Diritto Internazionale Privato*, p. 72, n° 104.

à un autre. D'autre part, les dispositions sur l'application des lois sont généralement formulées d'une manière assez large pour pouvoir être applicables même à des institutions juridiques qui, sans être identiques, ont quelques affinités.

Dans les cas où il y a une divergence absolue, alors, le juge s'en tiendra à sa propre qualification. Mais il est à remarquer que le magistrat peut arriver au même résultat par d'autres moyens, spécialement par le caractère de territorialité, qui est le propre de toute disposition d'ordre public. »

De ce résumé des idées de M. Diena, nous pouvons rapprocher la conception de M. Pillet. Il trouve lui aussi que ces conflits étaient bien rares et que pour les véritables conflits de qualification, il fallait une différence dans la nature des institutions.

M. Cavaglieri (1), contrairement à M. Diena, croit que ces conflits ne sont pas aussi rares qu'on le croit. Pour lui, il s'agit d'une différence de constitution juridique. « Mais il existe deux sortes de qualifications: les premières sont celles qui nous intéressent et desquelles dépend la loi applicable. Les secondes, postérieures aux premières, ne présentent pas de difficultés. Car ces qualifications ultérieures se développent dans la sphère de la loi qui est déjà reconnue compétente, et si cette dernière est la loi étrangère, les qualifications ultérieures seront quand même déterminées par elle ».

M. Cavaglieri reconnaît que le problème de la première qualification est un des plus graves. Il ne peut être

(1) CAVAGLIERI, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, p. 103.

résolu que par la *lex fori*. Mais M. Cavaglieri n'admet à ce principe aucune exception. Ainsi, en matière de bien, reconnaître la compétence de la loi du lieu de la situation, c'est, selon lui, confondre la première et la seconde qualification. La question de sécurité que l'on invoque pour soutenir la compétence de la *lex rei sitæ* n'est pas plus en jeu, d'après lui, dans cette matière que dans n'importe laquelle. Mais il accepte l'exception de l'autonomie de la volonté dans la mesure de l'étendue fixée par les règles impératives. Aussi M. Cavaglieri, critiquant M. Despagne, lui reproche-t-il d'avoir confondu les premières qualifications avec les secondes et, par là, de conclure que par la reconnaissance de la compétence de la loi étrangère, on ne pouvait craindre l'invasion de celle-ci.

Est-il besoin de remarquer les points de contact de la théorie de M. Cavaglieri avec la dernière conception de M. Martin.

Les qualifications en sous-ordre de M. Martin, sont, chez M. Cavaglieri, les qualifications secondaires. D'autre part, la théorie de M. Cavaglieri touche celle de M. Niboyet, en ce qu'elle exclut du domaine de la théorie des qualifications l'exception relative à la qualification des biens en meubles et immeubles.

Mais l'auteur, peut-être le plus ardent pour la défense de la théorie des qualifications est M. Ghirardini (1). Selon lui, les règles de Droit international privé d'une législation donnée, ont la même nature que les autres dispositions contenues dans celle-là. Les termes techniques employés dans une législation ont toujours la même signi-

(1) GHIRARDINI, *Sull interpretazione del Diritto Internazionale Privato*. (*Rivista di Diritto Internazionale*, 2^e série, t. VIII (1919-1920), p. 289.

fication, tant à l'égard des règles sur les conflits de lois que des autres dispositions. Cela lui paraît tellement naturel que la question des qualifications ne mériterait pas tant de discussions. Il ne pense pas faire d'exception au principe une fois adopté, ni pour la nature des biens ni pour l'autonomie de volonté.

M. Anzilotti reconnaît l'exactitude de la théorie des qualifications. Il admet que la loi applicable ne peut être désignée qu'après avoir résolu le problème de qualification. Il admet aussi que cette qualification est de la compétence de la *lex fori*. Toutefois, comme M. Caviglieri lui aussi distingue les qualifications secondaires qu'il exclut de la compétence de la *lex fori* pour les soumettre à la loi applicable au rapport juridique (1).

Un autre auteur, M. Udina, reconnaît toute l'importance de la théorie de M. Bartin. Il considère que les règles du Droit international privé ne sont nullement différentes de celles du Droit interne. D'ailleurs, il trouve que cette branche du Droit qui s'occupe des problèmes, contenant quelques éléments d'extranéité, et par conséquent, mettant en cause la compétence de plusieurs lois de différents Etats, est improprement appelée Droit international privé, car elle est imprégnée, autant que le Droit interne, du caractère national (2). Ainsi, dans la qualification des rapports juridiques aussi, il aboutit au système de la *lex fori* (3).

(1) ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale Privato*, Rome 1924-25, pp. 29 et 80, et la note sous l'appel Lucca, 30 juin 1909, *Riv. di Dir. Intern.*, 1910, p. 144.

(2) UDINA, *Elementi di Dr. Intern. Pr. italiano*, Rome 1933, pp. 9 et 51. et suivantes.

(3) Egalement dans ce sens, FEDOZZI, *Recueil des Cours de l'Académie de Dr. Intern.*, 1929, t. II, p. 232.

Mais dans la doctrine italienne, tous les auteurs ne se rangent pas derrière le principe de la *lex fori*. Au contraire, on trouve des juristes qui cherchent à construire un système tout à fait différent de celui de la *lex fori*.

Ainsi, d'après Gemma (1), le juge doit déterminer la qualification d'un rapport juridique non pas par la *lex fori*, mais suivant des critères ayant un caractère international.

Une dernière opinion, relativement plus originale et récente, est celle de M^{lle} Meriggi.

M^{lle} Meriggi soutient comme thèse, que la juste interprétation de la règle de conflit effectuée d'après une qualification universelle, conduit conséquemment, dans la plupart des cas, à l'application de la loi étrangère d'après la conception de cette loi. Comment la démontre-t-il? (2)

Tout d'abord, à la question « existe-t-il un problème de qualification ? », il répond par une distinction. Si l'on entend des qualifications, un problème dérivant du conflit entre les différentes qualifications nationales, il répond négativement. Il admet l'existence de ces conflits uniquement quand ils proviennent de la diversité intrinsèque des phénomènes juridiques. Seulement, d'après lui, ces cas sont extrêmement rares.

M^{lle} Meriggi divise le procédé de qualifications en deux phases : premièrement, la détermination de la qualification de compétence; deuxièmement, la détermination de la qualification de fond. L'interprète, dans un cas donné, en

(1) GEMMA, *Propedeutica al Diritto Internazionale Privato*, Bologne, édit. 1899, p. 89.

(2) MERIGGI, *Rivista Italiana di Diritto Internazionale Privato et Processuale*, 1932, pp. 189-308. *Rev. de Dr. Intern. Privé*, 1933, pp. 201-234.

présence d'un conflit de qualifications, opère, par l'hypothèse même de l'application d'autres lois, autant de qualifications de ce rapport qu'il y a de lois entrant en conflit pour leur application respective. Parmi ces qualifications, il doit faire son choix pour déterminer la qualification de compétence. M^{me} Meriggi voit dans ce procédé la formation du substratum de la règle de conflit. Parce que ces différentes qualifications sont opérées par l'interprète en prenant pour terme de comparaison une qualification type, qui correspond à toutes les autres qualifications, en d'autres termes, qui est « la synthèse des différentes qualifications ». Cette qualification, qui synthétise en quelque sorte tous les points de vue, représente ce qui, dans ce rapport déterminé, correspond à la conception universelle. Parce que, de toute façon, dans le fond des conceptions particulières, se trouvent des éléments fondamentaux identiques pour tous les pays civilisés. Parce qu'en somme, toutes les institutions juridiques ne sont que des phénomènes sociaux; que, selon les conditions du milieu et les nécessités sociales, le Droit leur a donné une forme plus ou moins particulière. Mais cette forme particulière donnée par le Droit ne leur enlève nullement la qualité essentielle de conceptions sociales spontanées qui ont une origine et une directive communes, et auxquelles la différence de réglementation juridique ne supprime ni la communauté des origines, ni la communauté des buts. Par conséquent, il faut penser, dans la qualification de compétence, à la *finalité* du fait ou de l'acte juridique. Cette finalité est évidemment la même pour tous les peuples civilisés.

Voilà l'idée fondamentale, établie par M^{me} Meriggi, qui peut servir de guide dans l'interprétation de la règle de conflit, afin de déterminer quelle est la signification de

celle-ci. Pour formuler cette qualification, il soutient que c'est créer la définition type, qui répond à la conception universelle d'un phénomène déterminé. La qualification de compétence, c'est l'interprétation des conceptions contenues dans la règle de conflit.

M^{lle} Meriggi arrive ainsi, par une analyse des conceptions particulières à une idée universelle, et à conclure que les vrais conflits de qualifications sont ceux qui existent entre les qualifications types. Aussi ajoute-t-il tout de suite que ces conflits ne sont pas non plus fréquents. Parce que de toute façon, les deux qualifications n'interviennent pas en mesure égale et que, l'une prévalant sur l'autre, il sera facile de qualifier le rapport d'après la qualification prédominante.

Une fois arrivé là, il ne s'agira plus que d'une question de préférence entre les qualifications types. Or, le critérium de la préférence, il le déduit par la même méthode d'abstraction, que celle avec laquelle on est parvenu à la qualification type.

Mais il s'agit d'une abstraction encore supérieure à celle des qualifications types, qui dirigée vers les raisons d'être des institutions juridiques, arriverait à préciser les tendances communes que sont les postulats fondamentaux universellement reconnus de la société humaine. M^{lle} Meriggi en vient à déterminer deux postulats: le premier se rapportant « au respect de la personnalité humaine dans son essence et dans son aptitude à se perpétuer et à se manifester; le second, se rapportant au respect de la personnalité humaine dans sa plus noble manifestation, qui est la volonté. » (1)

(1) MERIGGI, *Rev. de Dr. Intern. Pn.*, p. 213.

Dans toutes les sociétés civilisées, il est nécessaire de les garantir. Chaque individu est en droit de les exiger. Les rapports qui découlent de ces postulats se rattachent au statut personnel qui doit régir l'individu partout. Et tous les autres rapports qui ont une nature territoriale, se soustraient au domaine du statut personnel. Ceux-ci sont parfois soumis à la *lex fori*, parfois à la *lex fori actus*, et parfois à la *lex fori sitæ*.

Par conséquent, on arrive à déterminer deux types de qualifications: les qualifications personnelles et les qualifications territoriales.

M^{lle} Meriggi précise que les véritables conflits de qualifications ne peuvent éclater qu'entre ces deux genres de qualifications. Mais d'autres qui peuvent advenir ne seront que des qualifications subordonnées et, si elles concernaient la qualification personnelle, devraient toujours être laissées à la loi que l'on croit applicable, en tant que le conflit de qualifications ne devrait éclater qu'entre qualification personnelle et qualification territoriale, ou bien entre les qualifications territoriales.

Mais, au cas où la règle de conflit renvoie à la compétence de deux lois le même rapport de Droit, selon leur qualification subordonnée, le juge, après avoir opéré la qualification principale, devra encore établir la qualification subordonnée pour déterminer la loi applicable.

De ces qualifications, M^{lle} Meriggi distingue une autre catégorie: celle des qualifications objectives. Elle se rapporte à la définition qui, par son essence, est indépendante de toutes appréciations particulières, comme la qualification des meubles et immeubles. Après avoir établi ces diverses catégories, étant donné que le statut personnel doit former la règle générale entre une qualification type

personnelle et une qualification type territoriale, c'est celle-là qui doit avoir la prépondérance.

Au cas où la qualification subordonnée doit aussi être tranchée par le juge, il faudra procéder avec des moyens plus ou moins empiriques, mais toujours suivant la conception inspiratrice de la méthode, et suivant l'ordre naturel des faits, telle qu'elle se vérifie dans la réalité.

Dans l'ordre des qualifications territoriales, d'après M^{me} Meriggi, il est logique de donner la préférence à la *lex fori*, ensuite à la *lex fori actus* et à la dernière, enfin la *lex sitæ*.

Quant à la qualification de fond, qui n'est que la qualification des conceptions contenues dans la loi applicable, elle ne peut être que celle de la loi applicable. Puisque la qualification type et, par là, la loi applicable, sont déterminées, il est logique que ce qui tombe dans la compétence de la loi applicable soit déterminé par elle-même et non par la loi du tribunal saisi. Pour cela, M^{me} Meriggi juge que la qualification de fond ne comporte pas un véritable procédé de qualification, mais plutôt les conséquences naturelles d'une qualification déjà effectuée. Il les appelle du nom de qualification impropre. Mais M^{me} Meriggi se refuse de vouloir, par cette méthode, déterminer la loi applicable en se basant sur la qualification étrangère. Parce qu'en effet la vraie qualification n'a lieu que lorsqu'on attribue au phénomène une nature universelle qui, d'un point de vue abstrait, c'est-à-dire, abstraction faite de la réglementation d'une législation quelconque, correspond à la réalité.

M^{me} Meriggi ayant une fois adopté le système d'abstraction pour la détermination de la qualification type, renonce à admettre l'exception classique de la maxime

locus rei sitæ relative aux immeubles. Parce que la qualification type étant faite, même en ce qui les concerne, indépendamment de la *lex fori*, la qualification de fond doit nécessairement se faire d'après la loi applicable.

Finalement, M^{me} Meriggi admet que bien que dans certains cas la loi et la qualification étrangères soient acceptées, il n'en résulte nullement l'admission de la qualification étrangère dans le système juridique qui l'applique, et il conclue que l'harmonie d'un système législatif n'est nullement lésée.

En terminant l'examen de la doctrine italienne, on peut dire, pour conclure, qu'elle contient une certaine diversité d'opinions. Mais, malgré les réserves de M. Diena, et, par contre, la rigueur de M. Cavaglieri, dans la défense de la compétence de la *lex fori*, et aussi de certaines idées, comme celles de M^{me} Meriggi, basées sur une méthode abstraite, on constate que la majorité se rallie au principe de la *lex fori*. Sur plusieurs problèmes, la doctrine suit ce système.

Ainsi, en matière de domicile, il est admis que c'est la *lex fori* qui détermine les conditions dans lesquelles celui-ci peut être considéré comme acquis. La doctrine italienne reconnaît qu'il s'agit là d'une question de qualification que seule la *lex fori* peut trancher. Cela est également déterminé de même façon en Droit français.

Le Droit italien accepte également la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais il reconnaît aussi que cette autonomie ne peut fonctionner que dans la limite légale qui lui est assignée par la législation impérative. Or, si les parties ne prévoient rien dans leur contrat, le fait étant général à tous les pays, le Droit italien recourt à des indices pour établir soit le lieu de formation, soit celui

de l'exécution. En matière de contrat par correspondance, le Droit italien admet que la qualification du lieu de la formation du contrat dépend de la *lex fori*; que le juge ne pourra emprunter cette qualification, à aucune autre législation que la sienne (1). Le Code de commerce italien, dans son article 36, a établi la théorie de la reconnaissance. En France, les tribunaux admettent le même système de détermination.

Le Droit italien discute une autre question de qualification sur le terrain du Droit positif, c'est celle de la nature de la paternité naturelle. La doctrine admet la compétence de la *lex fori*, pour reconnaître un lien (2) analogue à celui de l'enfant légitime par rapport à son père. C'est l'article 6, disp. prél. du Code civil italien, qui est applicable, article selon lequel « l'état et la capacité des personnes et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation dont elles font partie ». Mais la question de qualification reste du domaine de la *lex fori*.

En Droit français, on s'est demandé quelle était la qualification de la filiation naturelle. Le législateur paraît s'attacher tout d'abord à protéger la famille légitime, et il fait passer l'intérêt de la famille avant l'intérêt de l'enfant.

Une autre question s'est posée en matière de succession vacante. La législation italienne ne s'étant pas prononcée sur les biens sans maître, il a fallu déterminer la nature du droit de l'Etat. Ce droit est-il un droit de succession ou un droit d'occupation ? Dans le premier cas, c'est l'Etat d'un étranger qui devrait être l'héritier du décédé. Dans le second cas, l'Etat sur le territoire duquel les biens se

(1) CAVAGLIERI, *Op. cit.*, p. 179.

(2) *Ibid.*, p. 245.

trouvaient vacants, devenait le propriétaire par occupation. C'est une question de qualification. M. Cavaglieri admet la seconde solution (1) de même qu'en Droit français. Cependant, la doctrine paraît favorable à la première solution (2).

En matière de procédure également, la compétence de la loi du tribunal saisi est certaine. Les moyens de preuve, selon l'article 10 disp. prél. du Code civil, sont déterminés par la loi du lieu où l'acte s'est passé. Mais l'exécution de la preuve même sera réglée quand même par la *lex fori* (3). D'autre part, en matière de procédure, la compétence judiciaire peut dépendre des qualifications préalables. Ces qualifications ne peuvent être que celles de la *lex fori*. Etant donné que le système de l'exequatur existe en Italie, la jurisprudence italienne est forcée de résoudre des problèmes de qualifications. En effet, pour nous, cette partie du Droit international privé qui concerne l'exécution des jugements étrangers est une des parties qui renferment le plus grand nombre de difficultés de qualification.

L'art. 10 disp. prél. du Code civil italien dispose ainsi : « Les jugements prononcés en matière civile par des autorités étrangères recevront exécution dans le Royaume, pourvu qu'ils soient déclarés exécutoires dans les formes prescrites par le Code de procédure civile... » L'art. 10, par ces dispositions, établissait un régime, en effet, libéral. Mais ce régime n'a pu donner les résultats que l'on en attendait. Un décret-loi du 20 juillet 1919,

(1) CAVAGLIERI, *Op. cit.*, p. 286.

(2) *Ibid.*, p. 341. NIBOYET, p. 680.

(3) DIENA, *Principi*, pp. 208-209.

converti en loi par la loi du 28 mai 1925, a dû modifier ce régime. Il a changé particulièrement l'art. 941 auquel le renvoyait l'art. 10 disp. prél. du Code civil. L'art. 941 nouveau permet en effet à la Cour, si le défendeur le demande, de se prononcer sur le fond du litige. Ceci est très important au point de vue des qualifications.

En somme, nous constatons, en principe, que la compétence de la *lex fori* est prépondérante dans le Droit italien.

Mais en est-il de même dans la jurisprudence ?

C'est ce que nous allons étudier dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

ETUDE DE LA JURISPRUDENCE

Section I. — Jurisprudence anglo-saxonne.

Nous avons vu que la jurisprudence, dans les pays anglo-saxons, avait une importance particulière. C'est cette jurisprudence qui forme le Droit anglais, le common law. Le Droit coutumier a ses avantages particuliers et indéniables. Il est plus souple et s'adapte mieux aux circonstances qui évoluent. Mais, par contre, on ne peut trouver, dans ce Droit, la précision et la clarté du Droit écrit. Mais il n'est pas dans notre dessein de discuter ici ce point. Voyons plutôt comment la question des conflits de qualifications se présente dans la jurisprudence anglaise et quelle est la solution qui prédomine.

Nous avons pu voir que la théorie des qualifications n'a, pour ainsi dire, presque pas eu d'écho dans la doctrine anglo-saxonne. La jurisprudence paraît encore moins consciente du problème. On trouve à peine quelques indications vagues sur les conflits de qualifications. Toutefois, de certaines décisions on peut, pensons-nous, arriver à établir le sens dans lequel la jurisprudence a tendance à se diriger.

N° 1. — *Domicile.* — a) *Affaire Re Annesley.* — Ainsi, en matière de domicile (1), le juge Russel, dans une de ces décisions, a jugé « que lorsqu'une personne ayant son domicile d'origine en Angleterre et ayant acquis, selon la loi anglaise, un domicile d'élection en France, du fait qu'elle y réside et entend y demeurer pendant un temps illimité, le fait qu'elle ait déclaré dans son testament de ne pas avoir eu l'intention d'abandonner son domicile d'origine, n'empêche pas nécessairement qu'elle n'ait acquis un domicile d'élection.

Il s'agissait d'une testatrice résidant en France depuis 1866 jusqu'à sa mort, en 1924. Mais elle n'avait pas accompli les formalités exigées par la loi française pour acquérir un domicile. Le juge décida cependant qu'elle avait acquis un domicile en France, parce que, aux yeux de la loi anglaise, le domicile lui était acquis. En effet, la loi anglaise pour l'acquisition d'un domicile, ne pose que deux conditions (2). La première est une condition de fait. C'est la résidence dans un lieu déterminé. La seconde, forme plutôt l'élément subjectif du domicile, c'est l'intention d'y résider pour toujours ou pour une période indéterminée. Donc, chaque fois que le *factum* et l'*animus* se trouvent réunis, le domicile est acquis, selon la conception anglaise. Quant à la loi française en vigueur à l'époque où Mrs A. avait commencé à résider en France (selon l'art. 13 du Code civil), l'étranger devait faire certaines démarches nécessaires pour être admis à domicile. Il est vrai que cette loi, depuis 1889, était devenue un simple préliminaire temporaire à la naturalisation. En

(1) *Re annesley* 95 L. G. ch. no (1926), ch. 692, cl. *Hibbert leading cases*, p. 25. Cl. 1927p. 470.

(2) DICEY, *Digest*. Règle 7, p. 83.

conséquence, les étrangers qui pouvaient avoir un domicile en France, étaient seulement ceux qui aspiraient à acquérir la nationalité française. Or, la testatrice n'avait accompli aucune des conditions exigées par la loi française. Le juge anglais n'en a pas moins déterminé le domicile d'après la conception anglaise. De cette décision, en l'espèce, dépendait la dévolution successorale des meubles de la testatrice. D'après la loi anglaise, les meubles, dans une succession, se répartissent selon la loi du domicile du défunt au moment de sa mort. En conséquence, les biens meubles de Mrs A. devaient être répartis selon la loi française. Les adversaires, dans le procès, soutenaient la thèse contraire. Ils prétendaient que Mrs Annesley n'avait pu acquérir un domicile conformément à la loi française. Dans leur prétention, ils se basaient sur une décision rendue par le juge Farwell J. dans l'affaire *Re Johnson* (1) *Robert v.* Mais ce cas est resté isolé. Le juge, suivant

(1) (72 l. of Ch. 682 (1903) I ch. 821). Cl. 1927, p. 470, rapportée dans le jugement « *Re Annesley* ». Dans cette affaire, il s'agissait d'une testatrice décédée à Bade et qui n'avait pas fait, dans son testament, de legs universel; par quelle loi sa succession allait-elle être régie? Si la testatrice était domiciliée à Bade, c'était la loi badoise qui allait régir sa succession mobilière. Sinon, ce serait la loi de son domicile d'origine, qui se trouvait à Malte. Selon la conception anglaise, la testatrice se trouvait domiciliée à Bade. Mais la loi badoise n'admettait pas la testatrice à domicile, comme n'ayant pas rempli les conditions nécessaires. Le juge Farwell décida que, puisque la testatrice n'était pas domiciliée à Bade, d'après la loi badoise, le domicile badois ne pouvait être considéré à cet égard comme domicile, et que par conséquent, la testatrice n'ayant pas acquis de domicile de choix, son domicile d'origine qui se trouve à Malte subsistait. Par conséquent, il fut jugé que la succession mobilière de la testatrice serait régie par la loi maltaise. Cette solution a été critiquée dans l'affaire *Casdagli c. Cadagli* (House of Lord 88 L. J. P., n° (1919), A. C. 145, *Hibbert Leading cases*, p. 21.

l'opinion qu'il considère comme la bonne, a donc décidé que le domicile doit toujours être déterminé selon la conception anglaise, sans chercher si la personne en question a ou n'a pas acquis un domicile du point de vue de la loi étrangère (1). Le juge Russel a adopté le point de vue exposé par Lindley L. J. dans l'affaire Martin, jugée en 1900 (2). De cette manière, le juge saisi donnait la qualification du domicile selon la *lex fori*.

Le Droit français a suivi également le principe de la *lex fori* pour déterminer si un groupe de circonstances forme ou non, le domicile. La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mars 1909 (3), avait déterminé le domicile d'un Maltais décédé en Algérie selon la loi française. Le décédé avait résidé en Algérie depuis 1860 jusqu'à sa mort à Constantine, le 15 juillet 1896. Comme il s'agissait de sa succession mobilière et *ab intestat*, la Cour a décidé qu'elle ne pouvait être régie que par la loi maltaise, étant donné que le décédé n'avait pas acquis un domicile légal selon la conception de la *lex fori*, et, de ce fait, qu'il n'avait pas rempli les formalités nécessaires de l'art. 13 du Code civil applicable à cette époque.

Un jugement plus récent du Tribunal de Rouen (4) confirme le même principe. Il s'agissait d'un Anglais décédé à Rouen. Sa succession immobilière était régie par

(1) Des précédents, dans le même sens: Hamilton c. Dallas (I ch. div. 257, 33 L. T. R. 495); Bremer c. Freeman (10 Moore P. C. 306).

(2) Loustalan c. Loustalan, Re Martin. Cour d'Appel, 69 L. J. P. 75 (1900), p. 211. *Hibbert Leading cases*, p. 164. Cl. 1902, p. 380.

(3) Cf. *Supra*, p. 58.

(4) Trib. Civ. de Rouen (1^{re} Ch.), 19 décembre 1927. *Gaz Pal.*, 25 février 1928. Également dans ce sens, Cour de Paris (3^e Ch.), 3 févr. 1926. Cl. 1927, p. 73, ant. p. 40.

la loi française, les immeubles étant situés sur le territoire français. Sa succession mobilière ne pouvait donc être régie par la loi française que si l'étranger était domicilié en France et que si la loi nationale renvoyait à la loi du domicile. Le Tribunal, dans son jugement, a décidé en ces termes : « Attendu qu'au jour de son décès, Thomas Mallinson était incontestablement domicilié à Rouen, tant au point de vue de la loi française qu'au point de vue de la loi anglaise; qu'il habitait réellement à Rouen, où il avait son seul et principal établissement et qu'il y résidait effectivement avec l'*animus manendi*, élément subjectif nécessaire dans la législation anglaise à l'acquisition anglaise du domicile... était réellement domicilié à Rouen ». Nous remarquons ici que le Tribunal a pris aussi en considération le point de vue de la loi anglaise. Mais il n'a pas conclu d'après cette loi. Au contraire, il lui a attribué le domicile, parce que la loi française admettait que l'étranger ayant son principal établissement à Rouen et y résidant effectivement, remplissait les conditions établies par la loi française à cet effet. Par conséquent, en matière de domicile, en droit anglo-saxon comme en droit français, c'est la *lex fori* qui est reconnue compétente pour déterminer le domicile. Ceci est affirmé d'une façon particulière par Dicey (1). En effet, dans deux jugements, le domicile se trouve être le même que celui indiqué par la loi étrangère (2). Cela ne veut nullement dire que le domicile soit, dans ces décisions, déterminé selon la conception étrangère. Il indique plutôt que la

(1) *Digest*, p. 93.

(2) *Doglioni c. Crispin* (1866), L. R. I. H. L. 301; *Trufort* in (1887), 36 Ch. D. 600.

conception étrangère s'adaptait complètement à celle de la loi anglaise qui était suivie.

N° 2. — *L'Etat et la capacité des personnes.* —
I. *Mariage.* — Un cas intéressant, c'est celui du mariage. Le Droit anglais définit le mariage comme une « union volontaire pour la vie, d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre » (1). D'après cette définition, aucune institution n'ayant pas de rapport avec celle reconnue par la loi anglaise ne peut être considérée comme un mariage. Une espèce de jurisprudence a montré que les tribunaux anglais préféraient toujours se rapporter à la conception de leur propre loi pour fixer la nature des institutions juridiques.

a) *Affaire Hyde c. Hyde.* — Dans l'affaire Hyde c. Hyde (2) le juge avait refusé de considérer comme valable en Angleterre le mariage célébré chez les polygames mormons entre un Anglais et une Mormone. Le mariage a été déclaré vicié par le seul fait qu'il avait été conclu dans un pays pratiquant la polygamie (3), parce qu'un tel mariage ne pouvait être considéré, d'après la définition établie par le juge, adéquate à la conception anglaise de cette institution.

b) *Affaire La Couronne c. Naguib* (4). — Dans une affaire analogue, la Cour des appels criminels a qualifié

(1) *Digest*, p. 277.

(2) Hyde c. Hyde and Woodmansee (1866). L. J. P. 57. L. R. I. P. D. 130. *Hibbert Lead. cases*, p. 276.

(3) Cette décision a été critiquée par la Cour Supérieure de l'Etat d'Iowa, aux Etats-Unis, dans une affaire royale c. Cudahi Packing C. (1922-195, Iowa 759-190, N. W. 427) ; la Cour, dans cette affaire, a statué dans un sens inverse à celui de l'affaire Hyde c. Hyde.

(4) La couronne c. Naguib. Cour des appels criminels, 18 déc. 1916. Cl. 1918, p. 732.

un mariage selon la *lex fori*. L'Égyptien Naguib avait épousé en 1914, en Angleterre, Joséphine Sullivan, sans être dégagé des liens d'un mariage contracté en 1903 avec Annie Wheeler. Il fut poursuivi pour bigamie. Naguib, comme moyen de défense, opposait que son mariage avec Annie Wheeler était nul, car à l'époque de ce mariage, c'est-à-dire en 1903, Naguib se trouvait déjà marié à une Égyptienne. Donc ce mariage rendait nul le second. D'autre part, ce premier mariage étant dissout en 1913, il ne pouvait faire obstacle au troisième.

Le juge Avory n'a pas admis l'argumentation de l'accusé et « refusa de considérer le mariage Wheeler comme vicié par l'existence d'un mariage antérieur :

1° Parce que la preuve de semblable mariage n'était pas légalement rapportée.

2° Parce que le mariage, à tenir sa preuve établie, eut été sans valeur en Angleterre, comme contracté en Égypte avec une femme indigène et sous le statut musulman. Suivant Westlake (*Private intern. Law.*, ch. IV, sect. 34) : « Quand la *lex loci contractus* admet la polygamie, le mariage même avec la première femme est différent d'un mariage monogamique et ne saurait être regardé comme un mariage en Angleterre. La loi ne reconnaît pas de devoirs qui en résultent et n'attache pas de sanctions aux infractions. »

c) Affaire Nachimson c. Nachimson. — A propos d'un mariage conclu en Russie soviétique par les époux Nachimson (1), le juge Hill, de la section de divorce,

(1) Nachimson c. Nachimson. Cour d'Appel, 99 L. J. P. 104 (1930), p. 217. *Hibbert Leading cases*, p. 278. *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1931, p. 570.

Probate et Amiraute, l'avait déclaré inexistant, parce qu'il pensait que la facilité avec laquelle on pouvait mettre fin au mariage célébré en Russie dénaturait cette institution. Pour cette décision, il se basa sur l'arrêt *Hyde c. Hyde*. Mais la Cour d'appel a réformé la décision. En effet, en Russie, les époux pouvaient, par consentement mutuel et par une simple déclaration, faire cesser leur mariage. Mais la Cour a jugé que les causes de résiliation d'un contrat ne peuvent influencer sur sa validité, et qu'ici la validité du mariage tenait à l'intention des époux de vivre en commun jusqu'à la fin de leur vie. Suivant la Cour, le premier juge, en considérant le mariage comme inexistant, a commis l'erreur de considérer la législation russe de dissolution du mariage, comme incorporée et faisant partie du lien du mariage lui-même. Tandis que cette législation n'a fait que réglementer les conditions de dissolution de l'union. En effet, d'après l'expert en Droit russe, le mariage, en Russie, est toujours conclu pour la vie.

Nous voyons, par ces décisions, que la jurisprudence anglaise cherche à déterminer la nature du mariage d'après ses propres conceptions. Bien que l'affaire *Hyde c. Hyde* soit critiquée, il n'empêche qu'elle forme un arrêt directeur en la matière pour démontrer la compétence reconnue à la *lex fori* pour qualifier l'institution.

Il en sera de même d'ailleurs en Droit français pour la qualification du mariage. Pour connaître la validité d'un mariage contracté dans un pays où il ne possède qu'une valeur temporaire, on ne peut croire qu'une autre loi que celle du tribunal saisi soit compétente pour la qualifier (1).

(1) Mariage à la *Madame Butterfly*: Un usage existant au Japon, selon lequel des étrangers contractent un mariage avec des

II. *Capacité*. — Quant aux conditions de fond ou de forme du mariage, la détermination de leur nature appartient à la loi du tribunal saisi. Nous avons un arrêt bien net sur cette matière.

a) Affaire Ogden c. Ogden. — C'est l'affaire Ogden c. Ogden (1) : Il s'agissait d'un mineur français marié en Angleterre avec une Anglaise sans le consentement de son père, pourtant nécessaire suivant le Code civil français (art. 148). Le mineur étant revenu en France, le père fit annuler le mariage comme ayant été contracté en violation de l'art. 148 du Code civil. Le jeune Français, une fois libre, ne tarde pas à se remarier. La jeune femme n'ayant pas comparu en France pour se défendre, voulut obtenir en Angleterre le divorce pour les motifs d'adultère, d'abandon du domicile conjugal et de bigamie, et subsidiairement demandait à la Cour de reconnaître le jugement de divorce prononcé en France et de le déclarer exécutoire. La Cour se déclara incompétente pour prononcer le divorce, puisque, par son mariage, la jeune femme se trouvait domiciliée en France (2). Sur le second moyen elle se déclara également incompétente.

Le demanderesse, se faisant passer pour veuve, se mariait en 1904 avec M. Ogden. Celui-ci l'abandonnait à son tour, en apprenant la véritable situation, et demandait la nullité de son mariage entaché de bigamie, puis-

Japonaises de classes inférieures. Il est convenu réciproquement que ces mariages doivent prendre fin lorsque le conjoint rentre dans son pays natal.

(1) Cour d'Appel, 77 L. J. P. 34; (1908), p. 46. *Hibbert Leading cases*, p. 276. Cl. 1908, p. 547.

(2) D'après la loi anglaise, pour prononcer le divorce, le seul tribunal compétent est celui du domicile.

qu'un mariage antérieur valablement contracté n'avait pas été régulièrement dissous.

La Cour anglaise a examiné le cas seulement au point de vue du Droit anglais. En Angleterre, le consentement au mariage n'est qu'une simple question de forme et, par conséquent, régit par la loi du lieu de célébration du mariage. D'après l'art. 148 du Code civil français, ce consentement fait cependant partie des conditions de fond, c'est-à-dire concerne la capacité des personnes. Or, la Cour a consulté seulement sa conception sans attacher d'importance au point de vue français. Et elle a annulé le mariage de M. Ogden, le premier étant toujours valable aux yeux de la loi anglaise (1). Finalement, c'est la qualification de la Cour qui a eu la prédominance. En face d'une condition qui, en Droit français, fait incontestablement partie du fond de l'institution, le Droit anglais considère la même condition, comme dépendant de la forme.

En Droit français, le mariage des étrangers, célébré en France, est régi quant aux conditions de fond, par leur loi nationale. C'est cette loi qui dicte les conditions de validité, les règles de capacité, et la sanction en cas de leur inobservation.

Mais la jurisprudence française, tout en admettant

(1) Affaire Simonin c. Mallac (1860). J. mat. 97, 2 Sw, Tr. 67: « Deux Français s'étant mariés en Angleterre pour éluder la nécessité de demander le consentement des parents, les tribunaux français avaient annulé le mariage. La Cour d'Appel en Angleterre tient toujours le mariage, rendu nul en France, pour valable.

Affaire Sottomayor c. Debarro (1877). La Cour d'Appel L. R. 3; P. D. 1; 47 L. J. P. 23 t. *Hibbert Leading cases*, p. 206. Cl. 1878, p. 49. Le juge décide que le consentement des parents était une question de forme et non de capacité.

l'application du principe de la loi nationale dans cette matière maintient aussi la compétence de la *lex fori* pour la qualification de ces conditions. Sur une difficulté élevée par une condition spéciale au mariage des militaires allemands, établie par l'art. 1315 du Code civil allemand, le Droit français, suivant la qualification française, ne lui a pas attribué une nature d'empêchement au mariage. L'art. 1315 du Code civil allemand prescrit que les militaires et fonctionnaires, ne peuvent pas se marier sans une autorisation de l'autorité militaire ou administrative. Or, la convention de La Haye de 1902, dans son article premier, a établi que « le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux ». Mais la France et la Belgique avaient entendu, de ce « droit de contracter mariage », ce que leurs lois concevaient de ce droit. D'ailleurs, ce conflit a entraîné la dénonciation des traités de 1902 et 1905 par la France en 1913 et 1917.

Dans deux autres cas (1), la jurisprudence française a refusé de tenir compte des conditions de la loi étrangère en les qualifiant selon la loi française. Il s'agissait des dispositions des lois étrangères qui exigent une célébration religieuse. Pour la loi française, ceci n'était relatif qu'aux formes du mariage. C'était la qualification française qui devait déterminer les formes de célébration, sans considération des règles étrangères.

b) Affaire Chetti c. Chetti. — Sur une incapacité tenant au statut personnel d'une personne, la loi anglaise

(1) Trib. Civ. Seine (1^{re} Ch.), 7 janvier 1922. Cl. 1923, p. 85. — Trib. Civ. Seine (1^{re} Ch.), 26 juin 1912. Cl. 1914, p. 202. *Supra*, p. 42.

avait également appliqué sa propre qualification (1). Un Hindou, Chetti, s'était marié avec une Anglaise en Angleterre. Rentré aux Indes, il cessa d'adresser des subsides à sa femme restée en Angleterre, et de correspondre. Il fut actionné en divorce pour abandon de famille. Chetti a nié, en fait, l'abandon, et soutient, en droit, n'être pas légalement marié. Etant Hindou et domicilié à Madras, il appartient à une caste en dehors de laquelle il ne saurait contracter mariage et à une religion qui autorise la polygamie.

Le mariage a été déclaré valable du point de vue de la loi britannique, par le fait qu'il a été satisfait aux prescriptions de fond et de forme édictés par celle-ci. L'incapacité alléguée par le défendeur n'est pas une incapacité aux yeux de la loi anglaise, parce que les tribunaux anglais ne pouvaient tenir compte d'une incapacité résultant du statut personnel de l'étranger, si cette incapacité n'est pas reconnue par le Droit anglais. Voici le langage de la décision de la Haute Cour : « L'acte pour le mariage chrétien aux Indes, de 1872, n'admet pas le mariage quand une des parties est frappée d'incapacité par sa loi personnelle, mais il ne s'applique encore qu'aux mariages à célébrer dans l'Hindoustan. L'incapacité dont se prévaut Chetti n'est pas une incapacité générale résultant de la loi de son domicile (comme serait une incapacité fondée sur la parenté), c'est une incapacité toute spéciale ayant des motifs religieux, et qui ne saurait empê-

(1) Venugopal-Chetti c. Venugopal-Chetti (78 L. J. P. 23; E. (1909), p. 67. H. C. de Justice. Probate Divorce and Adm. Div., 7 décembre 1908. Cl. 1909, p. 804. *Hibbert Leading cases*, p. 275.

cher un mariage en Angleterre. La Common Law ne se soucie pas des professions religieuses étrangères. Est-il pleinement établi que le mariage contracté en Angleterre se verra refuser effet aux Indes ? Il n'est possible de rien affirmer à cet égard, malgré le plus minutieux des témoignages. Mais, en supposant la jurisprudence hindoue défavorable, il faut voir ce qui doit être décidé en Angleterre. Il n'y a pas d'exemple qu'à propos d'un mariage anglais et étrangers sur le territoire du Royaume-Uni on ait jamais fait prévaloir la loi étrangère sur la loi britannique. Certaines législations, comme celle de France, prétendent faire suivre leurs sujets par leur loi nationale, mais pourquoi une nation admettrait-elle l'entrée sur son territoire d'une incapacité qu'elle ne reconnaît pas et qui ferait annuler au préjudice de ses propres sujets, des actes qu'elle tient pour valables ? Un peu plus loin, l'arrêté continu : « Il peut y avoir ailleurs des raisons pour empêcher le mariage entre blancs et noirs, ou entre cousins germains : ces raisons, qui n'existent pas en Angleterre n'y sauraient empêcher un mariage. Dicey pose en principe, dans son excellent traité, qu'un mariage célébré en Angleterre, ne saurait être nul à raison d'une incapacité établie par la loi du domicile d'une des parties non reconnue par nos tribunaux. » L'arrêt est net et le Tribunal apprécie souverainement selon sa propre loi.

Nous pouvons rapprocher de ce cas la qualification que les tribunaux français appliquent aux cas où une loi confessionnelle interdit les mariages à des personnes de religion différente (1), ou à raison de vœux monastiques. Il est

(1) Seine, 7 janvier 1922. Cl. 1923, p. 85.

vrai que si la loi française ne tient aucun compte de cette sorte d'empêchement, c'est parce qu'elle ne les reconnaît pas comme de véritable empêchement. D'autre part, ces empêchements allant tout à fait à l'encontre des conceptions sociales, le Droit français les considère plutôt comme contraires à l'ordre public. Mais il est de fait que, pour la détermination de la nature des institutions, les tribunaux se tiennent à la *lex fori*.

En Angleterre, une autre décision montre encore combien la *lex fori* est prépondérante.

c) Affaire Portier c. Succession Selot. — Une décision de la Haute Cour de Justice concernant l'incapacité personnelle d'un Français n'a pas attaché d'importance à une institution qui existe en Droit français (1). En France, le conseil judiciaire est une institution légale. Un majeur prodigue ou faible d'esprit peut être pourvu d'un conseil judiciaire. Cet état crée une demi-incapacité que le Droit anglais ne connaît pas. En conséquence, la décision de la Haute Cour de Justice a jugé qu'un Français majeur et prodigue, pourvu d'un conseil judiciaire, doit, s'il réclame une somme d'argent devant un tribunal anglais, sur sa seule quittance, obtenir condamnation même si le conseil judiciaire y mettait opposition.

Les tribunaux anglais n'ont pu trouver, dans la loi anglaise, une disposition analogue à celle de l'art. 513. Ils n'ont pu admettre également cette demi-incapacité.

N° 3. — Contrats. — a) Affaire Kaufmann. — En matière de contrat, le Droit anglais reconnaît la compétence de la loi du lieu où le contrat a été formé. Mais, dans

(1) Portier c. succession Selot. H. C. de Justice. Ch. div., 16 janvier 1902. Cl. 1905, p. 409.

l'affaire *Kaufmann c. Gerson* (1), le juge Collins émet l'opinion que bien que le contrat soit valable dans le pays où il a été fait, il faut appliquer « le principe admis par les tribunaux anglais que la partie qui requiert leur appui doit se présenter les mains nettes ». S'il est prouvé que le contrat a été fait dans un pays civilisé entre personnes domiciliées dans ce pays, et que les engagements qui en résultent n'ont été obtenus que par suite d'une contrainte morale ou physique, les tribunaux anglais ne peuvent ordonner l'exécution d'un tel contrat. En effet, si la menace exercée sur une des parties peut être considérée comme une contrainte morale suffisante, appréciée selon la loi anglaise, le Tribunal se reconnaît le droit de le déclarer nul, au moins à ses propres yeux.

b) *Affaire Commissaire de l'Inland Revenue c. Maple and C^o*. — Dans un autre cas (2), la Cour anglaise a jugé un contrat, et émis l'opinion que c'est la loi anglaise qui doit qualifier une convention intervenue dans un pays étranger entre deux sociétés anglaises dont l'une cède à l'autre, contre un certain nombre d'actions à délivrer en Angleterre, des biens meubles et immeubles situés à Paris. Voici les faits :

Une Société par actions, enregistrée en Angleterre, a une succursale à Paris avec du matériel, des marchandises et des immeubles. Pour certaines raisons, on décide de séparer les deux établissements. Le 10 mai 1905, on fonde en Angleterre une Société par actions dans le but

(1) Cour Suprême de Justice, Cour d'Appel, 25 fév. 1904. Cl. 1905, p. 1063.

(2) Commissaire de l' « Inland Revenue » c. *Maple and C^o*, House of Lords, 27 nov. 1917. Cl. 1908, p. 858.

de racheter l'affaire française. Le 5 juin suivant, un traité est passé à Paris entre cette Société et la Société ancienne, traité par lequel la Société ancienne cède à la nouvelle l'entreprise de Paris avec tous ses accessoires mobiliers et immobiliers; elle recevra, en échange, un certain nombre d'actions. Les commissaires de l'Inland Revenue ont vu là une vente nécessitant le paiement d'un droit *ad valorem* aux termes du Stamp Act de 1891. Successivement, le juge Walton et la Cour d'appel ont donné la décision contraire. Mais Lord Macnaghtend, du House of Lords, a considéré l'acte du 5 juin 1905 comme une vente, celle-ci étant définie comme « un traité... par lequel la propriété est transférée à un acheteur ». La Cour, suivant la *lex fori*, qualifia la convention de vente.

Pour la jurisprudence française, rien ne nous empêche de croire, suivant le principe général admis dans le Droit français, que l'on ne recourt pas à la *lex fori*, pour une qualification de ce genre.

C'est aussi une autre question bien délicate en matière de contrat, que de savoir le lieu de sa formation. Il peut être, en effet, déterminé par la volonté expresse ou tacite des parties contractantes. Devant leur silence, c'est le tribunal qui doit déterminer ce lieu. Et, le tribunal saisi, agit suivant son point de vue. Pour le Droit anglais, un contrat fait par correspondance se forme au lieu où la lettre d'acceptation est postée (1). Ceci a été jugé par un arrêt de la Cour d'appel.

(1) DICEY, *Digest.*, p. 251 et s. LORENZEN, *Cases on the conflict of law*, p. 288 et s. Restatement, art. 344, commentaire b.

c) Affaire *The House Hold fire... c. Grascot* (1). — Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande d'achat d'actions. Grant a adressé, le 30 septembre 1874, une lettre par laquelle il demandait cent actions à la Compagnie d'assurance (*The House...*). Le 20 octobre, une lettre lui attribuant ces actions lui a été régulièrement adressée et mise à la poste par la Compagnie. La lettre n'est jamais parvenue à Grant. Malgré cela, Grant était tenu de répondre aux appels de fonds sur chaque action. Parce que le contrat s'était formé au moment où la lettre a été mise à la poste.

d) Affaire *Byrne et C^o c. Léon Van Tienhoven and C^o*. — Dans un cas analogue (2), la Haute Cour a jugé dans le même sens. Une maison de Cardiff a offert, par lettre en date du 1^{er} octobre, de vendre aux acheteurs à New-York, mille boîtes de lames d'étain. La réponse devait être donnée avant le 15 octobre. Or, les acheteurs reçurent la lettre le 11 octobre, et l'acceptèrent le même jour par câble. Le 8 octobre, les offrants écrivirent pour révoquer leurs offres, et cette lettre parvint aux acheteurs le 20 octobre. La Cour avait décidé que la révocation ne pouvait avoir d'effet et que le contrat était parfait le 11 octobre.

Un autre arrêt de la Haute Cour, en date du 22 mars 1888, affirme encore le même principe (1). D'ailleurs, le

(1) Cour d'Appel, 1^{er} juillet 1879. *The house hold fire and carriage accident insurance company limited c. Grascot*. L. T. Rep. N. S., vol. XLI, p. 298. Cl. 1880, p. 597, Haute Cour, div. des Plaids communs, 6 mars 1881.

(2) *Byrne et C^o c. Léon Van Tienhoven and C^o*. L. T. Rep., vol. XLII, p. 371. Cl. 1882, p. 96.

(3) Haute Cour, Q. B. div., 22 mars 1888, *Corvan c. O'Connor*. L. T. Rep. LVIII. Cl. 1889, p. 318.

même système est admis en France. Et les tribunaux suivent dans un cas analogue la *lex fori* (1).

N° 4. — *Succession*. — En matière de testament et de succession, le Droit anglais donne la solution des conflits de qualifications, seulement d'après la *lex fori*.

a) Affaire Huber. — Un arrêt de la Haute Cour de Justice a qualifié, selon la loi anglaise, un arrangement fait, entre une testatrice et des trustees.

Il s'agissait d'une dame anglaise qui a épousé en Angleterre M. Alphonse Huber, sujet prussien. Ils ont eu de cette union trois enfants. M^{me} Huber a hérité en 1879 d'une part de la fortune de son père. Le 16 juin 1880, elle met une partie de ses biens à MM. Hordern et Burn, trustees, en désignant dans l'acte qu'elle pouvait disposer entre vif ou par testament. Par un autre acte du 17 juin 1880, il était convenu que les trustees emploieraient une certaine somme à payer à M^{me} Huber une rente viagère, qui serait, après la mort de celle-ci, versée à ceux de ses enfants qu'elle désignerait.

Par un testament du 2 juin 1890, fait en France, M^{me} Huber, usant des droits que lui reconnaissait l'arrangement du 17 juin 1880, prescrivit aux trustees de répartir les biens entre ses enfants. Mais la part de M^{me} Ginetsset, une de ses filles, était bien inférieure. M^{me} Huber mourut en France le 7 mai 1895. M^{me} Poncy a demandé au tribunal de déclarer que le testament de sa mère était valable. M^{me} Ginetsset, au contraire, en a contesté la validité en se basant sur ce fait que, par son mariage et par son

(1) Cour de Colmar (1^{re} Ch.), 11 mars 1925. Cl. 1926, p. 411. — Cour de Rennes, 15 décembre 1891. Cl. 1892, p. 912.

domicile, M^{me} Huber était soumise à la loi française et qu'il s'agit des droits spéciaux que M^{me} Huber tenait de l'arrangement conclu. Elle s'est bornée, en somme, à désigner les personnes dont les noms devaient être indiqués d'après le contrat en question. Il n'y a pas eu, là, de disposition de biens appartenant à la testatrice. Le testament est valable. Il est clair que M^{me} Huber avait fait un contrat dans lequel il y avait une stipulation pour autrui. Mais cette stipulation constituait une donation éventuelle, donation qui allait devenir ferme par la désignation. Il y avait là au moins une donation déguisée. En tout cas le juge a jugé suffisant que la convention soit passée en Angleterre pour la soustraire à la loi française concernant la réserve. En somme, la Cour a qualifié la convention selon le point de vue anglais, et ainsi les conséquences en ont changé du tout au tout.

b) Affaire de la succession Kórvine. — Un autre cas de qualification a été posé à propos d'une donation. La jurisprudence s'est référée sur la matière, toujours à sa propre notion. La Haute Cour de Justice (1) a suivi la conception anglaise, dans l'affaire de la succession Kórvine.

Le vice-amiral Kórvine, de la marine russe, s'est réfugié en Angleterre. En partant pour un voyage au service du gouvernement anglais il a remis à une dame Wolkoff des valeurs et des bijoux avec mandat de les faire parvenir à une demoiselle Levashoff habitant la Suisse « pour le cas où il serait tué ou viendrait à mourir ». Revenu de sa mission il tomba malade en 1919 et décéda des

(1) H. C. de Justice, ch. div., 30 nov. 1920. Succession Kórvine, Levashoff c. Bloch. Cl. 1921, p. 612.

suites d'une opération. Il avait un compte joint à son nom et à celui d'un capitaine Klodt, auquel il avait donné pour instruction de régler ses frais funéraires. Après sa mort, M^{lle} Levashoff a demandé à être mise en possession des valeurs et des bijoux. Elle soutenait que les opérations de 1917 et de 1919 devaient être interprétées comme des donations mobilières régies par la *lex fori*, soit la loi anglaise qui en admet la validité. A les considérer comme disposition testamentaire, il eut fallu les gouverner par la *lex domicilii*, en l'espèce la loi russe, étant donné que Korvine avait conservé son domicile en Russie.

Il importait de savoir si les libéralités de l'amiral Korvine sont valables comme donation *mortis causa*. Aux yeux de la loi anglaise elles étaient valables. Mais la loi anglaise est-elle applicable dans le cas présent ? Il fallait choisir entre les deux qualifications : dispositions testamentaires, soumises à la loi du domicile et disposition entre vifs portant sur des meubles, par conséquent soumise à la loi du pays où les meubles sont situés. Le jugement a décidé que l'institution avait un caractère mixte. Car le titre de donataire ne devenait parfait qu'à la mort. Mais ces dispositions entre vifs étaient soumises à une éventualité de révocation. La Cour anglaise, suivant sa conception, a dit qu'il s'agissait là d'une institution à caractère mixte.

Nous avons vu aussi, dans le chapitre premier, un arrêt de la Cour de cassation qui avait qualifié une institution successorale selon la loi française (1).

Il existe une autre question, importante, concernant la succession.

(1) *Supra*, p. 58.

C'est de savoir la qualification du droit de l'Etat sur une succession en déshérence. Si le droit de l'Etat sur la succession en déshérence est un droit de succession, il sera normal qu'un Etat étranger vienne à réclamer les biens d'un de ses ressortissants mort, sans héritier, sur le territoire d'un autre Etat. Mais si le droit de l'Etat est qualifié seulement comme un droit d'occupation sur des biens sans maître, alors les biens iront à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent. Dans ce cas, l'Etat n'est pas un héritier, il ne succède pas au défunt, il exerce seulement son droit de souveraineté (1). Le Droit anglais admet la seconde qualification, et il n'applique que celle-ci.

c) Affaire *Barnett's Trusts*. — Dans une décision de la Haute Cour de Justice (2), il a jugé que les biens d'un étranger mort à Vienne et n'ayant ni veuve, ni enfant, n'était pas dévolus suivant une autre loi. En Angleterre, ces biens appartiendraient à la couronne et non à l'Etat du domicile de l'étranger. A ce propos, le juge Kekewich tient ce langage : « Ce n'est pas comme représentant du défunt que la couronne réclame sa succession. Elle réclame ce que les vieux auteurs appelaient le « *glans caduca* », le gland tombé de l'arbre et non le gland attaché à l'arbre. C'est parce que personne ne représente le défunt, que la couronne peut recueillir ses biens. Il n'y a pas succession. On a fait valoir que la législation successorale de l'Autriche était différente de la nôtre. Mais ces différences ne sont ici d'aucune importance ».

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*. Paris 1932, t. III, n° 1922.

(2) Haute Cour de Justice. Div. de la Ch., 18 mars 1902. *Barnett's Trusts*. Cl. 1904, p. 415.

Il n'y a pas vraiment plus forte affirmation de la compétence de la *lex fori* que cette phrase finale.

En France, la qualification de l'Etat héritier n'est pas admise (1). Ce droit est plutôt un droit régalien de souveraineté (2).

N° 5. — *Délits*. — En Droit anglais, la question de savoir si un acte accompli dans un pays étranger est un délit ou non, se détermine par la *lex loci delicti commissi* et par la *lex fori* (3). La Cour anglaise est donc amenée nécessairement à faire de la qualification pour fixer, du point de vue de la loi anglaise, la nature de l'acte. La Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer sur une affaire donnant lieu à la qualification d'un fait délictuel.

a) Affaire Machado c. Fontes. — Le défendeur a publié une diffamation dans un pays étranger (Brésil) (4). S'il l'avait fait en Angleterre, le demandeur aurait eu le droit de lui intenter un procès. Le fait était d'ailleurs considéré comme délictuel, même dans le pays étranger. Mais il ne donnait aucun droit au demandeur. La Cour d'appel anglaise a reconnu que le demandeur avait droit à une action contre le défendeur et qu'étant donné que le fait avait déjà cette nature délictuelle au lieu du délit, il

(1) PLANIOL et RIPERT, *Op. cit.*, n° 1922. NIBOYET, *Op. cit.*, p. 852.

(2) Appel. Bordeaux, 17 août 1853. S. 1854-2-257. Cass. 28 juin 1852. S. 1852-1-537. Trib. Civ. Seine, 22 juin 1897. Cl. 1897, p. 1034. Toutefois, dans un arrêt du 13 déc. 1901, la Cour de Paris a nettement adopté la thèse contraire: celle de l'Etat héritier. S. 1902-2-137.

(3) DICEY, *Digest*. Règle 187, p. 770.

(4) Court of appeal (1897), 2 Q. B. 231; 66 L.; B. 542. *Macha doc. Fontes Hibbert*, p. 197. Mostyn c. Fabbrigas (1774). Cooper 161. *Hibbert*, p. 197.

avait la même nature en Angleterre (1) et il y faisait, en plus, l'objet de poursuites spéciales. Par conséquent, la Cour qualifie le fait, non au point de vue du Droit étranger qui ne lui concédait pas autant de droits que le Droit anglais, mais seulement du point de vue de sa propre loi.

La loi française n'a pas prévu de cas analogues. Elle reconnaît, en principe, la compétence de la *lex loci delicti* étrangère. Mais si la loi étrangère n'est pas reconnue suffisante et si cela est de nature à contrevenir à la conception de justice de la *lex fori*, alors celle-ci pourra intervenir pour remédier à cette insuffisance (2).

N° 6. — *Procédure*. — Dans le Droit anglo-saxon, la procédure relève, comme d'ailleurs en Droit français, exclusivement de la loi du Tribunal saisi (3).

a) Affaire De La Vega c. Vianna. — Lord Tenterden, dans l'affaire De La Vega c. Vianna, a donné, de cette idée, une formule très nette. « Une personne plaidant dans ce pays, doit accepter les lois telles qu'elle les trouve ; elle ne peut, en vertu de quelques règles de son propre pays, jouir de plus grands avantages qu'un plaidant, et elle ne doit pas être dépourvue d'un avantage supérieur que la loi de ce pays peut conférer » (4).

Aussi les juristes anglais donnent-ils à ce mot l'interprétation la plus large. Ils comprennent, dans la procédure, tout ce qui est relatif à la recevabilité des preuves et des témoignages, aux délais de prescription et à tout moyen d'exécution d'un jugement.

(1) DICEY, *Op. cit.*, règle 188, p. 771 et suiv.

(2) NIBOYET, *Op. cit.*, n° 490, p. 616.

(3) DICEY, *Digest.*, p. 28. Règle 203, 849.

(4) De La Vega c. Vianna (1830, IB. et AD. 284; 8 L. J. (O. S.). K. B. 388. *Hibbert Leading cases*, p. 253.

Il est admis que la forme d'un contrat doit être, dans le cas de silence des parties sur la matière, déterminée par la loi du lieu où le contrat a été fait, à moins qu'il ne s'agisse d'une matière de preuve, auquel cas les conditions de la *lex fori* doivent être accomplies.

b) Affaire Leroux c. Brown (1). — Un plaignant avait fait un contrat à Calais pour entrer dans le service du défendeur pour un an. D'après la loi française, un tel contrat est valable et exécutoire sans être établi par écrit, mais, suivant la loi anglaise il ne peut être exécuté. Car il a été considéré qu'il s'agissait d'une matière de procédure concernant la preuve qui doit être déterminée par la *lex fori* (2).

(1) Leroux c. Brown, 12 C. B. 801, 22 L. of C. P. I. *Hibbert*, p. 21, Appleton c. Lord Braybrooke, 1817, 6 M., E. C. 34. *Hibbert*, p. 249.

(2) La jurisprudence française est claire. Un cas analogue a été jugé par un arrêt de la Cour de Cassation (Ch. civ.) du 24 août 1880, dans l'affaire Benton c. Horeau. [Cl. 1880, p. 480.]

Il s'agissait d'un échange qui avait eu lieu à Londres entre un commerçant anglais, M. Benton, et M. Horeau, propriétaire de nationalité française. Le contrat a été exécuté. Il restait seulement une soulte à payer, à la charge de M. Horeau. Au terme du paiement, M. Benton réclamait 1.000 fr., tandis que M. Horeau prétendait ne devoir que 375 francs.

Devant le tribunal du défendeur français, en l'espèce le tribunal civil de Boulogne, le demandeur M. Benton voulait user de la preuve testimoniale pour établir que le chiffre de la soulte était celui qu'il réclamait. Le défendeur, M. Horeau, a soutenu que ce mode de preuve ne pouvait être utilisé. Car le Code civil français, dans son article 1341, défend de recevoir la preuve testimoniale pour toute chose ou valeur excédant 150 fr. Le tribunal de Boulogne s'est prononcé en ce sens, considérant que la prohibition édictée par l'article 1341 du Code civil « n'a pas été admise uniquement dans l'intérêt des parties, mais aussi et surtout dans un intérêt d'ordre et de moralité publics », et que « en adoptant cette disposition, le législateur a eu surtout en vue de prévenir la multiplicité des procès, et que, sous ce rapport, son but est manifestement tout

d'intérêt général ». Il a repoussé la demande de M. Benton d'user de la preuve testimoniale, parce que « les lois étrangères ne peuvent recevoir exécution qu'autant qu'elles ne sont pas contraires aux prohibitions d'ordre public de la loi française ».

Devant la Cour de Cassation, M. l'avocat général Desjardins, dans ses conclusions, a précisé la difficulté. Il a dit qu'il s'agissait « de savoir si, quand un contrat est passé à l'étranger entre un étranger et un Français, les tribunaux français doivent se référer, quant au mode de preuve, à la loi du lieu du contrat ou à la loi française », et il a ajouté qu'il s'agissait « de décider si, en pareil cas, lorsque la loi étrangère n'admet pas » qu'il doive être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs », les tribunaux français sont néanmoins tenus d'appliquer l'article 1341 du Code civil ». L'avocat général a invoqué la règle *locus regit actum*. Et il a précisé que cette règle « est indubitablement applicable quand il s'agit des formalités extrinsèques ou probantes qui constituent, à proprement parler, la forme extérieure des actes ». Il a remarqué aussi l'intention présumée des parties. En effet, Benton, sujet anglais, faisant un contrat en Angleterre, ne pouvait pas songer à soumettre ce contrat à une autre loi que la loi anglaise. En l'absence d'une intention contraire expresse, la loi anglaise est seule compétente pour le régir. « On essaierait en vain, dit M. l'avocat général, de distinguer entre la forme proprement dite et le mode de preuve. Les contractants se disent : Devons-nous ou ne devons-nous pas passer un acte écrit ? Ils règlent ainsi la forme de l'acte ; mais, du même coup et par une conséquence inévitable, ils en déterminent la preuve, puisqu'il s'agira plus tard de savoir si la convention peut ou non être prouvée par écrit. »

Ainsi, les conclusions de M. l'avocat général Desjardins déterminaient nettement, suivant la *lex fori*, la qualification de la demande de Benton. Il s'agissait en réalité d'une question de preuve, et par conséquent soumise à la loi du lieu où l'acte est passé. La Cour de Cassation a adopté le point de vue de l'avocat général. Elle a jugé que l'article 1341 du Code civil n'était pas applicable aux contrats passés à l'étranger entre personnes de nationalités différentes. L'arrêt précise « que ce contrat est régi quant à sa forme et à son mode de preuve, par la loi du pays où il a été conclu, et non par la loi du pays où son exécution est poursuivie » et dit que « le juge français doit admettre la preuve par témoins des conventions purement verbales, quelle qu'en soit la valeur, lorsqu'elles ont été passées dans un pays dont la loi n'exige pas leur rédaction par écrit, et en autorise la preuve testimoniale ».

D'ailleurs, la Cour a jugé subsidiairement que les dispositions

c) Affaire Van Grutten c. Digby (1). — Dans un autre cas, la jurisprudence a suivi le même sens. Un Français et une Anglaise domiciliés en France s'y marient selon la loi française. Les époux déclarent devant notaire qu'ils se marient sans contrat de mariage. Toutefois ils ont préalablement fait un acte et ils ont joint, à cet acte, les biens de la femme se trouvant en Angleterre. L'acte n'étant pas fait suivant la forme de la loi française, n'est pas valable en France. Mais il fut jugé que les formalités exigées n'étaient qu'une question de preuve. Il en résultait que l'acte était valable, puisqu'il concernait des biens situés en Angleterre.

Quant aux jugements étrangers, la loi anglaise les considère toujours comme justes, s'ils sont rendus par une juridiction compétente.

D'ailleurs, les Tribunaux anglais adoptent la présomption que le droit étranger est le même que le droit anglais, toutes les fois que la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, n'établit pas le contraire. Mais aussi, de toute façon, chaque jugement, pour être exécutoire en Angleterre, doit être rendu, non seulement conformément à la loi du Tribunal qui l'a donné, mais encore il faut qu'il soit juste, selon la conception de justice qui se fait le droit anglais.

du Code civil concernant la preuve testimoniale ne sont pas d'ordre public, mais elles sont plutôt restrictives, d'une manière seulement relative.

M. Beckett critique la qualification anglaise donnée dans l'affaire Leroux c. Brown et approuve la décision de la Cour de Cassation. [*Year Book a of international law*, 1934, p. 70 et s.]

(1) Van Grutten c. Digby (1862), 32 L. J. Ch. 179; 31 Beav. 561. *Hibbert*, p. 211.

d) Affaire Jeannot c. Fuers. — Ceci a été affirmé dans plusieurs décisions. Un arrêt de la Haute Cour de justice (1) a décidé, à propos d'un jugement étranger, qu'un individu domicilié en Angleterre pouvait valablement convenir de soumettre aux tribunaux de France toutes les difficultés à propos d'un contrat qu'il passe avec un Français en France. Par la suite, les jugements rendus dans ce pays pourront produire effet en Angleterre, mais seulement s'il n'apparaît pas qu'il ait été procédé contrairement à la justice naturelle.

e) Affaire Coke c. Coke. — Dans un autre cas, il s'agissait d'une instance de divorce (2). La procédure suivie à l'étranger n'a pas été jugée satisfaisante. Un sujet anglais établi en Angleterre voulait obtenir un divorce pour lequel sa femme refusait son consentement. Il est allé s'expatrier en Amérique dans l'Etat de Nébraska, et après dix mois de domicile dans ce pays, il a intenté une action en divorce contre sa femme, qui demeurait toujours en Angleterre. Il a obtenu le divorce sans que sa femme, la défenderesse dans le procès, ait reçu ni assignation ni notification personnelle quelconque. La loi locale se contentait simplement d'une publicité par insertion dans un journal judiciaire local pendant un mois. La Haute Cour de justice, sur la demande de la femme, a déclaré que le divorce

(1) H. C. de Justice, K. B. div. 19 mars 1909. Jeannot c. Fuers. Cl. 1910, p. 915.

(2) H. C. de Justice, Probate divorce and admiralty div, 17 juin 1908. Coke c. Coke. Cl. 1909, p. 221. De même:

H. C. de Justice K. B. div., 1^{er} mars 1902. Feyerick et Cts c. Hubbard. Cl. 1905, p. 1068.

H. C. de Justice, ch. div., 10 mai 1917. Fried Acktien Gesellschaff c. Wild. Cl. 1920, p. 704.

obtenu en Amérique était sans valeur parce que toute la procédure était nulle aux yeux d'un tribunal anglais ; la procédure locale ne protégeant pas sérieusement le défendeur absent. Le droit français reconnaît aussi que les formes de procédure sont nécessairement de la compétence exclusive de la *lex fori*. Le Droit français garde encore une distinction qui lui a été laissée par l'ancien Droit. C'est la division des règles de procédure entre les formes décisives et ordinatoires. Les dernières seules font partie de la compétence de la *lex fori*. Les formes extrinsèques restent toujours du domaine de la *lex loci actus* ou d'une loi choisie par les parties. Bien qu'une loi autre que celle du *for* règle la force probante des actes, c'est la *lex fori* qui détermine la procédure par laquelle ces preuves se mettront à exécution. Si une telle forme est considérée comme appartenant à la procédure par la *lex fori*, et se rattachant à la forme extrinsèque par la loi étrangère pour résoudre ce seul conflit de qualifications, la loi du tribunal saisi peut être compétente.

N° 7. — *Classification des biens*. — C'est encore par l'idée du territorialisme des lois que la jurisprudence anglaise accepte l'exception aux qualifications de la *lex fori*, en matière de biens, qui ont une situation territoriale déterminée. En effet, la jurisprudence anglo-saxonne, comme la jurisprudence française, admet que c'est la *lex situs* qui détermine la nature des biens et des droits qui sont appliqués à ces biens (1).

Nous avons vu par l'étude de la jurisprudence française

(1) *Re Berchtold, Berchtold c. Capron*. 92 L. J., ch. 185 (1923), ch. 182. *Hibbert*, p. 134. — *Freeke c. Lord Carbery*, 1873, L. R. 16. Eq. 461. *Hibbert*, p. 136.

que les qualifications qui se posent après renvoi, restent en dehors de la compétence de la *lex fori*.

Le cas se présente également en Droit anglo-saxon. Ici il n'est pas dans notre dessein d'étudier la position de la théorie dans le droit anglo-saxon. Nous allons chercher seulement quelle est la solution donnée par le Droit anglo-saxon concernant les qualifications après renvoi.

Nous savons que d'après les règles de conflits anglais un testament n'est valable devant un tribunal anglais que s'il remplit les conditions de forme et de fond exigées par la loi du pays où le testateur se trouve domicilié au moment de sa mort (1).

Donc suivant cette règle, si un Anglais domicilié à l'étranger fait un testament en la forme anglaise, il risquerait de voir son testament considéré comme nul.

La jurisprudence anglaise, pour éviter cet inconvénient, accepte, chaque fois qu'une loi étrangère reconnaît la loi anglaise, compétente à titre de loi nationale. En d'autres termes, dans ce cas la loi anglaise admet le renvoi.

Un jugement des plus typiques est celui qui est rendu dans l'affaire *Collier c. Rivaz*.

Il s'agissait d'un testament fait en la forme anglaise par un *de cujus* dont le domicile du point de vue de la loi anglaise était en Belgique. Mais le *de cujus*, d'après la loi belge, n'était pas domicilié en Belgique, et par conséquent les formalités anglaises étaient, au point de vue de la loi belge, nécessaires et suffisantes.

Le tribunal anglais, acceptant le renvoi, déclara que le testament était valide et accorda le probate.

Comme M. Bentwich indique si bien dans un article

(1) DICEY, Règle 194, p. 801.

paru dans le *Clunet* (1911, p. 718) (1), le conflit et le renvoi eurent pour origine la divergence de la conception anglaise et étrangère du domicile.

Aussi le tribunal anglais ne faisait-il que reconnaître par le truchement du renvoi la qualification étrangère du domicile.

Nous constatons finalement que la jurisprudence anglo-saxonne consacre formellement la compétence de la *lex fori* en matière de solution des conflits de qualifications. Imprégnée de l'idée du territorialisme des lois, elle reconnaît aussi la compétence des lois étrangères suivant les principes que nous avons établis dans la première section du second chapitre. Mais chaque fois que la *lex fori* se trouve compétente, la jurisprudence anglo-saxonne en use largement avec un complet désintéressement des qualifications étrangères.

Section II. — *Jurisprudence italienne*

La Jurisprudence italienne nous a paru peu fournie sur la matière des qualifications. Pourtant, comme nous l'avons démontré dans le premier chapitre de cette partie, la doctrine italienne a réservé une part assez large à la discussion de la théorie des qualifications.

Elle est d'accord pour reconnaître que c'est un problème préalable à résoudre. Nous avons même rencontré en Italie une étude plus spéciale sur la théorie des qualifications, différente de la majorité de la doctrine italienne

(1) BENTWICH, *De la théorie du renvoi dans la jurisprudence anglaise*. Cl. 1912, p. 716.

en ceci qu'elle nous paraît moins influencée par la doctrine française. Tandis que chez la plupart des auteurs italiens, l'influence de cette dernière est, à notre avis, apparente.

La Jurisprudence en Italie, pas plus que la Jurisprudence anglaise, n'a l'air de se rendre compte des conflits de qualifications. Mais ces conflits sont réels. Et ils se présentent devant toutes les juridictions. Nous pouvons donc, par l'étude de la jurisprudence italienne, déterminer la solution qu'elle consacre pour résoudre ces problèmes.

Pour suivre l'ordre que nous avons établi dans la section précédente, nous allons voir, tout d'abord, la détermination du domicile dans la jurisprudence italienne.

N° 1. — *Domicile*. — Le domicile, en Italie, a à peu près la même fonction qu'en France. Le statut personnel étant réglé par le principe de la loi nationale, il n'est pas de même importance que dans les pays anglo-saxons. La législation italienne n'a recours à la notion du domicile que pour déterminer la compétence juridictionnelle. La doctrine admet qu'il s'agit là d'une notion qui doit être qualifiée par la *lex fori* (1). La jurisprudence paraît admettre la qualification de sa propre loi.

Affaire Dioguardi c. Dioguardi. — Un arrêt de la Cour de Cassation de Naples (2), décide ainsi que le fait d'aller chercher un emploi à l'étranger ne suffit pas pour comporter un changement de domicile. La Cour, en l'espèce, tire argument de ceci que l'émigrant n'a fait aucun changement de domicile, parce qu'il a laissé en Italie sa

(1) CAVAGLIERI, *Op. cit.*, p. 145.

(2) Cass. Naples, 9 mars 1912. Cl. 1913, p. 669.

maison et sa famille (articles 16 et 17 du Code civil italien).

N° 2. — *L'état et la capacité. Mariage.* — En matière de mariage, le droit italien admet, quant aux formes de célébration, la compétence de la *lex loci celebrationis*. Cela résulte de la formule générale de l'art. 9 disp. prél. du Code Civil. D'autre part, l'art. 100 du Code Civil sanctionne expressément cette règle dans les termes: « Le mariage conclu en pays étranger entre citoyens ou entre un citoyen et un étranger, est valable, pourvu qu'il soit célébré dans les formes exigées par la loi du pays dont il s'agit... » Mais, le statut personnel est, pour les Italiens la loi nationale, qui doit suivre ses ressortissants. Toutefois les Italiens, tout en se conformant aux formes de célébration du lieu de leur mariage, doivent suivre les conditions prévues dans les articles 55-69 du Code Civil, qui sont nécessaires pour contracter mariage. La jurisprudence a appliqué, plusieurs fois, sa propre conception quant à la qualification des conditions de fond.

a) Affaire Zabeau c. Bardossi. — La Cour d'Appel de Florence (1) a annulé un mariage contracté en Angleterre par un Italien, âgé de 25 ans, sans le consentement de ses ascendants. Ce consentement, nous le savons, fait partie, en Angleterre, des conditions de formes du mariage. Or, la qualification italienne, comme celle de la France, est celle d'une condition de fond. En conséquence, le mariage n'est pas valable en Italie. L'arrêt de

(1) Cour d'Appel de Florence, 7 août 1907. *Riv. dir. intern.*, 1907, p. 545. Cl. 1908, p. 601.

la Cour de Cassation de Florence (1), rendu sur le pourvoi de l'arrêt de la Cour d'Appel de Florence du 7 août 1907, est explicite. Le droit italien voit, dans le consentement des parents au mariage d'un enfant de moins de vingt-cinq ans, une institution de protection, et, par conséquent, concernant la capacité de l'époux mineur. Quant au mariage des étrangers en Italie, il est reconnu par le Droit italien, que c'est la loi nationale qui est applicable. Toutefois, un empêchement qui n'est pas reconnu par le Droit italien ne saurait être applicable en Italie. Dans un de ses arrêts, la Cour de Venise (2) n'a pas tenu compte de l'empêchement à cause d'une différence de religion entre deux sujets autrichiens. Cette différence est un empêchement en Autriche. En Italie, étant donné la laïcité du mariage, tenir compte de cet empêchement serait contraire à l'ordre public. Ici, en effet, plus qu'une qualification, c'est la notion de l'ordre public qui intervient.

b) Affaire Semanna c. Semanna. — Ce cas a été précédé d'un autre en 1894, dans l'affaire de la veuve Stracca Semanna c. Semanna. Albert Semanna (3), juif tunisien, avait épousé, en Angleterre, la cantatrice Victoria Stracca, de nationalité italienne. Après la mort de son mari, celle-ci demandait, pour elle et ses enfants, à Giuseppe Semanna, son beau-père, une pension alimentaire. Celui-ci a refusé en alléguant : 1° la nullité d'un mariage contracté par son fils contrairement à la loi du Talmud, sa loi nationale, qui interdit aux Israélites toute union avec les gentils ; 2° l'inexistence de toute obligation

(1) Cass. Florence, 6-27 avril 1908. *Riv. dir. intern.*, 1908, p. 146.

(2) Cour de Venise, 7 déc. 1910. Cl. 1911, p. 1326.

(3) Trib. Civil de Libourne, 5 mai 1894. Cl. 1898, p. 415.

alimentaire entre bru et beau-père dans la loi mosaïque. Or, cet empêchement spécial au mariage, d'une législation étrangère, n'a pas été admis comme tel par le tribunal italien. Nous savons bien que le même cas existe dans le Droit français (1).

N° 3. — *Contrats*. — En matière de contrat, la jurisprudence italienne semble se rattacher à la compétence de la *lex fori* pour la solution des conflits de qualifications.

a) Affaire de la Compagnie internationale des Wagons-Lits c. Dalessio. — Dans cette affaire, la Cour d'Appel de Rome a rendu un arrêt bien significatif (2). Il s'agissait de savoir quelle était la nature du contrat entre une Compagnie de Wagons-Lits et le voyageur qui occupe une place dans un de ses wagons. La Cour a décidé qu'il s'agissait d'un contrat d'hôtellerie et non pas de transport ni de louage de choses. La Cour en donnant cette qualification, établissait la responsabilité de la Compagnie dans les mêmes conditions que le propriétaire d'un hôtel, au cas de vol de bagage. La Compagnie, en aucune façon, ne peut être irresponsable, en apposant des affiches dans les wagons ou au dos des billets. Mais la Cour avait établi cette qualification s'inspirant uniquement de la *lex fori*. Précisément, un arrêt de la Cour de Paris (1), a décidé que « l'article 1952 du Code Civil, d'après lequel le dépôt des effets apportés par le voyageur

(1) NIBOYET, *Op. cit.*, p. 731. — *Supra*, p. 117.

(2) Cour d'Appel de Rome, 21 sept. 1922. Cl. 1924, p. 780. Cour de Cas., 4 février 1924. Cl. 1924, p. 1126.

(3) Cour de Paris, 6 déc. 1923. *Gaz. Pal.* 1924, p. 74. *Supra*, p. 52.

qui loge chez les aubergistes ou hôteliers doit être regardé comme un dépôt nécessaire, est limitative et ne peut être appliqué qu'aux établissements présentant une identité absolue avec l'auberge ou l'hôtel ».

La Cour de Paris a jugé souverainement que ce règlement n'était pas applicable à la Compagnie des Wagons-Lits pour les bagages à la main. Elle a jugé surtout que la convention entre la Compagnie et le voyageur n'était qu'un contrat de transport. Dans le cas de vol, la responsabilité de la Compagnie, par cette qualification de la Cour, était déchargée. Voilà un conflit de qualification bien net. Donc, si l'événement arrive entre Paris et Rome sur le territoire français, suivant la qualification française, la Compagnie ne sera pas responsable, même si le voyageur a pris son billet à Rome. Car la cause du délit se trouve en France. Le tribunal compétent étant celui du lieu du délit, c'est-à-dire un tribunal français, celui-ci suivra la qualification française. Par contre, si l'événement arrive sur le territoire italien, la Compagnie sera responsable. Mais la Cour de Paris ne pourra qualifier autrement, même si les deux actes, le contrat et le vol, se produisent sur le territoire italien.

Pour les contrats en général, le Droit italien pose une règle dans l'article 9, alinéa 2, des dispositions préliminaires du Code Civil et dans l'article 58 du Code de Commerce. En effet, d'après la 2^e et 3^e propositions de l'alinéa 2, de l'art. 9, disp. préliminaires du Code Civil, « la substance et les effets des obligations sont censés réglés par la loi du lieu où les actes sont passés, et, si les contractants étrangers appartiennent à une même nation, ils sont censés réglés par la loi nationale. Dans tous les cas où il apparaîtrait que les parties ont manifesté une volonté différente, cette

volonté sera observée ». D'autre part, l'article 58 du Code de Commerce ajoute : « La forme et les conditions essentielles des obligations commerciales, la forme des actes qui doivent être faits pour l'exercice et la conservation des droits qui en dérivent ou pour leur exécution, et les effets des actes eux-mêmes, sont réglés respectivement par les lois ou les usages du lieu où se forment les obligations et où se font et s'exécutent les actes susdits, réserve faite en tout cas, de l'exception établie par l'article 9 des disp. prel. du Code Civil, pour ceux qui sont reconnus soumis à une même loi nationale.

Pour les contrats par correspondance, l'article 36 du Code de Commerce établit également le lieu de la formation. Le Code de Commerce italien adopte le système de la connaissance. En cas de conflit, la doctrine italienne admet que la difficulté, qui n'est en somme qu'une difficulté de qualification, sera tranchée par la *lex fori*. La jurisprudence suit le même principe.

b) Affaire Bernheim frères c. Otto Raaz. — Dans un arrêt de la Cour de Cassation de Turin (1), le principe a été établi, quoique d'une façon particulière. Parce que dans l'arrêt les magistrats ont admis cette solution, suivant une présomption en faveur de l'application de la loi de celui qui a entamé l'affaire. Dans la jurisprudence italienne, nous rencontrons à cet égard deux autres arrêts qui donnent une solution différente de celle de la doctrine. Un arrêt de la Cour de Gênes (2), pour les contrats relatifs à des opérations de Bourse, n'exige pas, pour leur

(1) Cass. Turin, 13 janv. 1891. Cl. 1891, p. 1026.

(2) Cour de Gênes, 27 nov. 1906. Cl. 1907, p. 1199. Cour de Cass. de Naples, 18 sept. 1914. Cl. 1915, p. 703.

perfection, que l'auteur d'un ordre ait été avisé de son acceptation. Le contrat se forme là où cette acceptation s'est produite. En l'espèce, un ordre de Bourse était donné à une personne demeurant à Paris. La Cour a décidé que c'est dans cette ville que se forme le contrat, et par conséquent, en vertu de la règle *locus régis actum*, c'est la loi française qui doit être applicable au point de vue des conditions.

Mais il s'agit ici d'un cas particulier, parce que, s'agissant d'une opération boursière, c'est-à-dire d'une opération qui se passe en général dès la réception de l'ordre, la jurisprudence italienne a fait une exception à la prescription de l'article 36 du Code de Commerce.

D'ailleurs, la Cour de Gênes ne faisait en ceci que se conformer à l'exemple qui lui avait été donné (1), et appliquer aussi ce qui était établi par l'alinéa 2 de l'art. 36. Donc, cette formation exceptionnelle n'est ici qu'un usage du commerce. Le principe, c'est celui de la réception. D'ailleurs, l'application de ce principe a été faite dans plusieurs décisions (2).

c) *Affaire Capuccio c. Pietricioni*. — Dans un autre cas, la Cour de Cassation de Naples (3), a tranché une difficulté de qualification d'après sa propre conception. Il s'agissait d'une convention commerciale passée à l'étranger et qui devait être exécutée en Italie. Pour juger de la validité d'une clause de non responsabilité résultant d'un

(1) Civ. Naples, 26 fév. et 16 mars 1900. Cl. 1905, p. 789.

(2) Cour de Cass. de Turin, 18 juin 1896. Cl. 1897, p. 1071.
— Cour d'Appel de Milan, 11 décembre 1888. Cl. 1892, p. 512.

(3) Cass. Naples, 16 juillet 1905. Cl. 1906, p. 509.

connaissance dressé à l'étranger, la Cour a décidé de se référer à la loi du lieu où le contrat est devenu parfait. Elle a dû trancher la question de savoir si la clause de non responsabilité concernait l'exécution du contrat ou la validité même de sa constitution. Elle ne l'a fait que selon la *lex fori* en faveur de sa constitution.

N° 4. — *Succession*. — Passons dans une autre matière. En Italie, la matière des successions est traitée par l'article 3 disp. prel. du Code Civil. Et cet article établit le principe de la nationalité pour tout ce qui concerne les successions légitimes et testamentaires. Il existe cependant une question particulière qui est celle de connaître la dévolution des biens dans une succession vacante. La législation italienne ne s'exprime pas clairement sur cette matière. D'après la doctrine régnante, l'Etat acquiert les biens vacants par hérédité (1). La jurisprudence adopte également le même système.

Affaire Biaggi c. l'Administration. — Un arrêt de la Cour de Cassation de Turin (2), tranche la difficulté dans le sens de la doctrine. Il a jugé que l'attribution à l'Etat italien, par les articles 721 et 758 du Code Civil, des biens dépendant des successions vacantes, ne constitue pas, comme dans le système du Droit français, un droit régulier, mais bien un droit successoral. Par conséquent, un Etat étranger peut recueillir des biens laissés en Italie par un de ses nationaux, décédé sans héritier. Il

(1) Toutefois, CAVAGLIERI. *Pour la solution de la qualification par la « lex fori » et par l'idée de l'occupation*. LEZIONI di Dir. Intern. Pr., p. 266 et s.

(2) Cass. Turin, 11 mars 1922. Cl. 1922, p. 1053. Riv. di Dir. Intern., 1921-22, p. 557.

faudrait seulement que l'Etat réclamant se reconnaisse un droit d'héritier. Dans le cas contraire, ces biens restant toujours sans maître, reviendront à l'Etat italien.

N° 5. — *Procédure.* — En matière de procédure, indéniablement, c'est la *lex fori* qui est maîtresse. Ceci résulte de l'article 10 des disp. prel. du Code Civil. C'est d'ailleurs une règle d'une portée presque absolue. L'alinéa 2 de l'article 10, ajoute aussi que « les moyens de preuves des obligations sont déterminés par la loi du lieu où l'acte a été fait ». Mais si la détermination des preuves auxquelles on peut recourir est faite par la loi du lieu où l'acte a été fait, les formes de procédure concernant l'admission de la preuve et de la compétence exclusive de la *lex fori*. Ainsi un arrêt de la Cour de Naples (1) a décidé que, dans le cas d'une double enquête suivie en Italie et à l'étranger, on doit observer les règles de procédure de chacun des Etats où sont interrogés les témoins. Car la matière de la procédure est une des parties du Droit où la souveraineté de l'Etat apparaît avec le plus de force. Dans un jugement du tribunal de Monza du 30 mars 1889, la compétence de la *lex fori* en la matière est bien affirmée.

a) *Antonia c. P. Pruttuso et consorts.* — Un enfant était né en Lombardie à l'époque où cette province était soumise à la domination de l'Autriche. Il s'agissait d'établir la maternité naturelle (2).

Le tribunal a décidé que la preuve de la maternité naturelle devait être, quant à son contenu, régie par la

(1) Cour de Naples, 21 oct. 1908. Cl. 1909, p. 842.

(2) Tribunal de Monza, 30 mars 1889. Cl. 1892, p. 514.

législation en vigueur au moment et au lieu de la naissance, et, quant à la forme dans laquelle elle pouvait être administrée, par la *lex fori*.

Dans la matière des formes ou du fond des actes, la jurisprudence italienne suit encore la *lex fori*.

Un arrêt de la Cour de Cassation de 1927 (1), a jugé un cas dans lequel il s'agissait du délai de présentation d'un effet de commerce. La Cour a jugé qu'il s'agissait là d'une question de forme et par conséquent soumis à la règle *locus regis actum*. Il s'agissait, en l'espèce, d'un effet émis en Italie et payable à l'étranger (New-York) ; le délai de présentation de cet effet était soumis à la loi de l'Etat de New-York, tant pour la forme que pour les effets.

D'autre part, en matière d'exequatur, la jurisprudence a dû apprécier la compétence judiciaire.

b) Affaire Girard c. Framontano. — Dans l'affaire de Girard c. Framontano (2), le sieur Framontano, sujet italien, domicilié dans sa patrie, est assigné par Girard et C^{ie} devant le Tribunal de Commerce de la Seine, en paiement d'un solde de compte, selon l'art. 14 du Code Civil français. Il est condamné et la demande d'exequatur de ce jugement est adressé à la Cour de Naples.

La Cour a observé : « Qu'aux termes de l'art. 941 du C. prov. civ., lorsque l'exécution d'un jugement étranger

(1) Cass. 1^{er} juil. 1927. *Riv. di Diritto Intern.*, 1928, p. 94. — Cass., 6 juil. 1927. *Riv. di Diritto Intern.*, 1928, p. 108. — Cour de Florence, 2 janvier 1930. *Riv. di Diritto Intern.*, 1930. — Cour d'Appel de Palerme, 13 déc. 1886. Cl. 1889, p. 333.
(2) Cour de Naples, 30 déc. 1883. Cl. 1885, p. 461. Aussi Cass. Turin, 3 août 1887. Cl. 1889, p. 338.

est demandée en Italie, la première vérification à faire par les magistrats italiens consiste à s'assurer que la sentence a été rendue par un juge compétent; qu'en vérité, pour apprécier cette compétence, il faut, en règle générale, se référer à la législation du pays où le jugement en question a été rendu (art. 10 disp. prél. C. Civ.), mais que la disposition de l'art. 14 du Code Civil français ne suffit pas à justifier à ce point de vue la compétence du Tribunal de Commerce de la Seine.

Ce texte décide, il est vrai, que l'étranger, même non résidant en France, peut toujours être cité devant un tribunal français à raison d'obligations par lui contractées envers un Français, même en pays étrangers. Cette faculté illimitée laissée au créancier français, est en opposition manifeste avec les prescriptions de l'art. 12 des disp. prél. du C. Civ. Elle est contraire à la disposition de l'art. 105, alinéa 2 du Code de procédure civile, soumettant à la juridiction italienne les instances relatives à des obligations qui doivent recevoir leur exécution en Italie, ou dérivent soit des contrats passés, soit de faits accomplis dans le Royaume.

Ici, en effet, la *lex fori* détermine souverainement le Tribunal internationalement compétent, se référant seulement à son propre point de vue (1). La jurisprudence est bien établie dans ce sens.

Nous pouvons conclure, de cet aperçu de la jurisprudence italienne, que c'est la compétence de la *lex fori* qui

(1) DIENA, *Sur l'exécution des jugements en Italie*. Cl. 1922, p. 24-25.

est prépondérante en matière de conflits de qualifications (1).

Toutefois, le problème du renvoi attire encore notre attention. La jurisprudence italienne a eu également l'occasion de se prononcer sur un problème de qualification à propos d'un arrêt qui admettait le renvoi.

(1) Quelques exceptions, et surtout celle bien connue en ce qui concerne le testament olographe du Néerlandais. Arrêt de Gênes, 1891. Cl. 1893, p. 955.

Mais nous ne croyons pas, suivant M. Martin, que la Cour d'Appel de Gênes, dans son arrêt du 4 août 1891, ni la Cour de Cassation de Turin, dans son arrêt du 12 avril 1892 (Cl. 1894, p. 1083), se soient rendus suffisamment compte du conflit de qualifications qui existait dans le procès. Si même le conflit de qualifications a été précisé dans l'arrêt de la Cour de Gênes, la conception de la *lex fori* est complètement repoussée. Ceci est d'autant plus étonnant, qu'un arrêt de la Cour de Lucerne, du 23 juin 1882 (Cl. 1884, p. 549), décide que le testament olographe est une forme particulière de tester. Voici le langage de l'arrêt: « L'énonciation de la date dans un testament est une formalité intrinsèque, soumise en conséquence à la loi du lieu où l'acte a été fait »; « ...Le testament olographe doit être envisagé comme étant simplement une forme particulière de tester. En conséquence, il n'y a pas lieu d'invoquer ici la loi qui fixe et détermine la capacité de la personne. »

Dans un autre cas, il s'agissait de reconnaître le droit, pour enfant naturel, de demander des aliments à son père naturel (affaire Polo c. Salvetti. Cassation, 30 avril 1926. *Riv. Dir. Intern.*, 1927, p. 113). L'enfant était né dans la province de Vérone, soumise provisoirement à la loi autrichienne. Or, la loi autrichienne permet à l'enfant naturel de demander des aliments à son prétendu père naturel, à titre d'obligation civile. En d'autres termes, la qualification de ce rapport, selon le droit autrichien, était un rapport d'obligation civile et non un rapport de famille. La Cour de Cassation a accepté la qualification de la loi autrichienne, puisque dans cette province, cette loi était en vigueur.

La jurisprudence française a eu l'occasion de résoudre des cas analogues, mais aujourd'hui, elle est établie dans le sens de la *lex fori*. (*Supra*, p. 33. Trib. Civ. Seine (1^{re} Ch.), 3 mars 1927. Cl. 1927, p. 1040. — Trib. Civ. d'Agen, 25 avril 1932. Cl. 1933, p. 349.)

La Cour de Bologne a été appelée à se prononcer sur le moyen invoqué devant elle, tiré de la règle de la Common Law, d'après laquelle la succession mobilière est gouvernée par la loi du dernier domicile du *de cuius*. Il s'agissait donc d'un renvoi à la *lex fori*.

La Cour, dans son arrêt, s'est exprimée dans ces termes (1) :

« Il ne serait pas juridique, dans un conflit entre le principe sanctionné par le législateur italien dans l'art. 9 des dispositions préliminaires, et celui du Droit commun américain qui, en se rapportant à la loi du domicile et en lui donnant la préférence, rejette de la sorte la conception de la dépendance de la succession du statut personnel, d'adopter la manière de voir que la loi italienne n'a pas retenue; il est en effet conforme aux principes du Droit international privé, que le juge doit appliquer la loi de son pays, sauf l'hypothèse où celle-ci lui impose l'application de la loi étrangère, auquel cas seulement le juge doit la retenir. Du reste, même en admettant la théorie si discutée et controversée du renvoi, qui est admise par la loi ayant vigueur aux Etats-Unis, il est encore nécessaire de démontrer que d'après la teneur de cette loi, doit être considéré comme domicile légal celui que le D^r Ceccarini avait à Milan au moment de sa mort, comme l'a retenu le jugement du tribunal de première instance, qui n'est pas d'ailleurs entrepris sur ce point, et en tout cas, la loi du dernier domicile par rapport au litige présent, serait celle qu'indique l'autorité de la loi nationale de la personne de la succession de laquelle il s'agit ».

(1) *Riv. di Dir. Intern.*, 1909, p. 278.

L'analogie entre cet arrêt et celui de la Cour de Toulouse à propos de l'affaire Forgo est frappante. La Cour de Bologne aussi, a décidé qu'en admettant la théorie du renvoi, il fallait admettre la qualification de la loi étrangère, en ce qui concerne la qualification légale du domicile, solution équivalente de celle de l'affaire Forgo.

En terminant ce chapitre, il nous est permis de penser que la tendance régnant dans la jurisprudence des trois pays que nous venons d'étudier, est celle de la *lex fori*. Ainsi nous sera-t-il peut-être possible de tirer quelques renseignements de cette étude de Droit positif.

CHAPITRE IV

DISCUSSION DOCTRINALE DE LA THÉORIE

DES QUALIFICATIONS

Le travail de M. Martin, par la lumière qu'il a jeté sur le problème général des conflits de lois, a ajouté un intérêt particulier aux difficultés de la solution de ces conflits. Jusque là, la question des qualifications n'étant pas envisagée d'une manière précise, on ne s'occupait que de la solution des simples conflits de lois.

Déjà, sur ce terrain, les difficultés étaient considérables. Les problèmes de conflit de lois paraissaient comme les plus complexes de la science juridique.

Depuis la loi « *Cunctos Populos* », pendant huit siècles, les juristes se sont ingéniés à bâtir des théories plus ou moins générales pour trouver les solutions rationnelles et équitables de ces conflits.

Au fond, à la base de toutes ces théories, on ne trouve qu'une idée, qui est celle de la souveraineté de chaque Etat sur le territoire qu'il occupe. C'est précisément cette idée qui forme le point de difficulté, dans tous les conflits de législation à résoudre. En effet, cette souveraineté une fois reconnue, comment, et dans quelle

mesure, pouvait-on, dans certains cas, appliquer une loi étrangère ? La loi étrangère étant l'œuvre ou, pour mieux dire, étant la manifestation de la volonté d'un souverain étranger, importer une loi étrangère s'analyse en une reconnaissance, pour son auteur, du pouvoir de réglementer un fait ou un acte qui se produit hors de son territoire.

Donc, dans tous les cas litigieux où plusieurs lois se disputent la compétence, le problème est de déterminer, parmi ces législations, celle qui a le droit d'étendre son autorité au rapport en litige ; en d'autres termes, une loi n'étant que l'effet de la volonté du législateur, le problème aboutit à la détermination du législateur, qui a le droit de réglementer le rapport de droit. Cela revient, en effet, à dire que toute question de conflit de loi est une question de conflit de souveraineté. Même les anciens auteurs d'Argentré et ses disciples, établissant le principe de la territorialité des lois, le faisaient dériver du caractère absolu de la souveraineté territoriale. L'idée de la souveraineté est donc un fondement ancien, qui continue encore à servir. Ceci établi, il est nécessaire de poser les principes selon lesquels le choix de la loi applicable sera effectué.

Jusqu'à l'apparition de la théorie des qualifications, la question se posait uniquement sur le terrain des simples conflits de lois. La multiplicité des législations de divers pays rendait extrêmement difficile la position de ces principes. Cette difficulté était même peut-être une raison pour laquelle les auteurs discutaient des moyens d'arriver à une solution meilleure des conflits de loi.

Ces discussions portaient d'abord sur les principes à suivre dans la solution des problèmes soulevés par la diversité des législations des divers pays. Des tendances et des

conceptions exposées par les auteurs pendant ces discussions, se dégageaient d'une façon générale deux écoles de Droit international privé.

L'une est appelée l'école nationaliste qui, dans sa forme la plus pure considère les règles de Droit international privé comme le droit particulier de chaque Etat différent.

L'autre, au contraire, appelée école internationaliste, considère le Droit international privé comme un véritable Droit international, contestant la souveraineté illimitée de l'Etat, et admet l'existence de principes supérieurs de Droit applicables à tous les Etats.

Or, ces deux écoles, après l'apparition de la théorie des qualifications, ont dû envisager ce genre particulier de conflit, qui paraissait de nature à affaiblir la conception internationaliste du Droit international privé.

Ces deux écoles ont tenté de résoudre différemment les conflits de qualifications. L'école nationaliste reste fidèle au principe de la *lex fori*, tandis que l'école internationaliste lui enlève cette prédominance.

Section I

ECOLE NATIONALISTE

Nous avons vu, dans nos trois premiers chapitres, que les conflits de qualifications qui se présentaient devant les juridictions des trois pays sont résolus par la loi du tribunal saisi.

Un Français mineur se marie en Angleterre avec une Anglaise, sans le consentement de ses parents. Son mariage, aux yeux de la loi française est nul, tandis que, pour la loi anglaise, le même mariage est valable. Car le consen-

tement des parents n'est qu'une question de forme selon le Droit anglais, et dont le défaut ne rend pas l'union conjugale nulle.

En effet, d'après l'école nationaliste, rien ne peut être plus logique que cette solution.

Le Droit international privé est une branche du droit de l'Etat. Les règles de conflits de lois sont une partie de la législation de chaque système juridique. Elles ont la même origine et le même fondement que les autres règles de cette législation.

La première tâche du législateur est d'abord de constater les besoins de la société. Il légifère ensuite pour donner satisfaction à ces besoins. Les lois ne sont parfaites que si elles sont adéquates aux exigences du milieu social. Or, chaque société est un agrégat formé de croyances, d'exigences, de mœurs particulières. A ce point de vue, chaque société diffère plus ou moins des autres.

D'autre part, toute société humaine, ou pour mieux dire, toute nation, paraît avoir une vie propre et même, dans une certaine mesure, égoïste. L'Etat qui, aujourd'hui, est la forme suprême de l'organisation sociale, pour accomplir sa mission principale d'établir la législation, s'inspire des notions que se fait cette société de divers phénomènes juridiques de l'esprit même de la société. Les lois de tout groupement humain correspondent à des particularités déterminées de chacun d'eux.

Si cela est vrai pour les règles de Droit interne, il en est de même pour les règles de conflits de lois. L'Etat doit aussi établir des règles pour guider ses relations avec les divers Etats étrangers. Evidemment, en matière de Droit international privé, les divers phénomènes juridiques ne se manifestent que par l'intermédiaire des individus. L'Etat

ne fait qu'établir des règles de conduite. Mais son action paraît toutes les fois qu'il s'agit de mettre en mouvement quelques moyens pour assurer le droit de ses ressortissants ou pour défendre certains actes, ou pour permettre l'exécution d'un droit déjà acquis. L'Etat, en établissant ces règles de Droit international privé, puise encore à la même source que les règles de Droit interne. Donc, si les règles de conflits de lois sont, autant que les règles de Droit interne, imprégnées de caractéristiques de la société, cela les unit parfaitement à l'ensemble de la législation nationale. Le Droit international privé de chaque Etat est établi par le même législateur qui fait le Droit interne, et comme celui-ci, il a un caractère national.

La base de la législation nationale, c'est la souveraineté de l'Etat. La souveraineté est l'ensemble des droits par lesquels l'Etat impose son autorité. C'est en vertu de cette souveraineté que l'Etat assure l'application de ses lois et l'exécution de ses ordres. Il règle souverainement par ses lois, non seulement les relations de ses nationaux entre eux, mais aussi les relations juridiques des étrangers entre eux sur son territoire, et des nationaux avec les étrangers. Aussi peut-on remarquer, dans cette conception, la marque du principe de la territorialité pure.

Le Droit international privé étant une partie de la législation nationale, son fondement se trouve aussi dans cette souveraineté de l'Etat.

Suivant cette conception, l'application d'une loi étrangère dans les limites d'un Etat n'est pas un acte libre, mais au contraire, elle se fait selon la volonté souveraine de l'Etat. En effet, déterminer l'empire des lois dans l'espace n'est que la manifestation de la souveraineté. Certes, aujourd'hui, cette pratique n'est plus expliquée par la

courtoisie. C'est par une idée de justice que chaque Etat reconnaît, dans certains cas, la compétence de la loi étrangère. Peut-être, au fond de cette idée de justice, peut-on trouver plutôt des raisons d'opportunisme ou de réciprocité. Mais il n'en reste pas moins que l'Etat, dans l'importation de la loi étrangère, agit selon la notion qu'il se fait de cette idée de justice, d'après l'ensemble de sa législation, qui en est l'expression.

En matière de conflits de qualifications, la question se présente dans toute son importance.

En effet, « l'application d'une loi étrangère sur un territoire, implique une limitation volontaire de la souveraineté en principe absolu de l'Etat. Les notions juridiques d'où découle, pour la souveraineté, la nécessité de cette application dans les cas indiqués par les règles du Droit international privé ne lui sont point imposées par une autorité supérieure: c'est lui qui les formule. Il est évident que l'Etat intéressé n'a pu mesurer l'étendue de la restriction qu'il apportait à l'empire de ses propres lois, que par référence à la notion qu'il se faisait de l'institution en jeu; il n'est pas admissible qu'il ait entendu laisser à la loi étrangère le soin de déterminer quels rapports de droit se rattachent et quels autres ne se rattachent pas à l'institution qu'il entend soumettre à l'empire de la loi étrangère qui fixerait l'étendue de ses obligations vis-à-vis de cette souveraineté...

Lors donc qu'un Etat entend soumettre une institution quelconque et les rapports de Droit qui en découlent à la loi étrangère, il se réfère tacitement à la notion qu'il s'est faite de cette institution et des rapports de droit qu'elle

comprend. Mais cette notion, c'est sa propre législation qui en contient l'expression (1).

Or, la qualification d'une institution juridique fixe indirectement l'étendue de l'application d'une loi. Si celle-là était abandonnée à la détermination d'une volonté étrangère, il est incontestable que l'Etat serait lésé dans la plus importante de ses prérogatives, à savoir sa souveraineté. La loi étrangère étendrait son empire, suivant des qualifications plus larges.

Cet argument juridique « de la souveraineté de l'Etat » paraît des plus forts, pour la justification de la compétence de la *lex fori*, dans la solution des conflits de qualifications. Nous croyons qu'en le remplaçant par celui « d'idée de justice » de M. Arminjon, on ne peut soutenir la conception d'une manière aussi solide. En effet, M. Arminjon (1) soutient que « les règles de Droit international se justifient, comme toutes les autres dispositions légales, par l'idée de justice et que leur seule fin est d'obtenir une solution équitable et utile ».

Mais ceci est une affirmation que chaque Etat peut faire pour ses propres règles de Droit international privé, sans prouver l'injustice et l'iniquité en soi des règles de Droit international privé des autres pays. « Les règles de qualifications de la *lex fori* doivent être suivies, ajoute M. Arminjon, parce que ayant été édictées par le législateur pour des raisons qui valent dans tous les cas, elles sont l'expression de la nature même des choses telles qu'il la conçoit et qu'il y aurait une contradiction choquante à faire varier la nature juridique d'un être, d'un fait, d'une

(1) BARTIN, *Etudes de Droit International Privé*, pp. 14-17.

(2) ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, p. 134.

chose, suivant que telle ou telle loi est applicable... parce que la solution logiquement concevable produit des résultats injustes et absurdes. » A notre avis, l'affirmation de « la contradiction choquante » et « l'injustice des solutions contraires » ne paraissent pas décisives. De toute façon, chaque Etat qui admet l'application d'une loi étrangère sur son territoire, agit avec un certain souci de justice. Ayant une notion de justice qui lui est propre, c'est par souveraineté qu'il maintient sa conception. L'idée de justice explique bien peut-être l'acte, mais c'est la souveraineté qui lui donne toute sa force. C'est justement pour cette raison que la volonté suprême du souverain intervient exclusivement et jalousement en matière de qualifications.

A ce fondement de la solution des conflits de qualifications par la *lex fori*, comme nous avons vu déjà, s'ajoute un argument de pratique : le juge, avant d'appliquer une loi, doit premièrement déterminer la qualification du rapport de Droit. Inversement, vouloir d'abord choisir la loi compétente et ensuite faire dépendre la qualification de cette loi, serait une pétition de principe, puisque la loi compétente ne peut être choisie que selon la qualification d'un rapport de Droit.

En effet, tous les arguments de l'école nationaliste, en matière de qualifications, ont incontestablement les qualités de simplicité et de concision.

Il est impossible d'attaquer le raisonnement du côté de l'argument pratique, car la logique de ce dernier ne peut supporter aucun reproche. Pour cette raison, l'objection faite par M. Despagne sur ce point n'était pas soutenable. La partie constructive de la critique, admettant catégoriquement les qualifications de la loi étrangère applicable,

tombe dans un cercle vicieux, puisque c'est de cette qualification que dépend la loi applicable.

Quant à l'argument de souveraineté, il est également incontestable qu'il fournit un support solide et simple à la compétence de la *lex fori*. Car la souveraineté presque illimitée de chaque Etat est, dans l'état actuel des choses, une réalité indéniable.

L'état actuel de la jurisprudence que nous avons étudié dans les chapitres précédents, nous permet de le constater.

La jurisprudence peut être, sans se baser sur la théorie même des qualifications, et sans suivre d'une façon raisonnée et consciente la solution préconisée par les auteurs, applique toutefois, dans les trois pays que nous avons étudiés, presque toujours la loi du tribunal saisi.

Mais n'y a-t-il pas, dans la rigueur de ce principe de la *lex fori*, une exagération?

Quand un mariage conclu en Angleterre par un mineur étranger est annulé par les tribunaux de son pays, faute du consentement de ses parents, qui est exigé par sa propre loi comme une condition de fond, et que ce même mariage continue à être considéré comme valable au lieu de sa célébration, la conscience juridique ne peut être satisfaite de cet état de chose.

Le législateur trouve la base de ses lois dans la conscience sociale. Le législateur anglais aussi, en faisant ses lois, n'avait en vue que l'ordre de la société anglaise. Les notions qu'il s'est faites des institutions juridiques, ont leur racine dans les conceptions et aussi dans l'organisation de la société anglaise. En d'autres termes, ce sont les jugements et les convictions des habitants du territoire anglais qui forment la base de leur droit. Dès lors, un

étranger se trouvant en Angleterre, dont la loi nationale considère certaines institutions juridiques d'un point de vue différent, voit ses droits se transformer. Ceux dont il jouissait dans son propre pays ne sont plus les mêmes à l'étranger. Pareille chose arrive dans tous les pays. Cela est-il juste ? La souveraineté, qui est au fond irréfutable, arrive, par son extension illimitée, à créer un état de conflit perpétuel. L'incertitude des droits résultant de la multiplicité des qualifications, est nuisible et insupportable pour la vie juridique moderne internationale. Si le testament olographe du Néerlandais fait à Paris est valable d'après la loi française, et nul aux yeux de la loi hollandaise, si un mariage est valable en Angleterre et nul en France, si un individu a son domicile en France, selon sa propre loi et non d'après la loi française, il s'ensuit que par la force des choses, il existe autant de droits que de règles de Droit international privé. Or, la pratique et surtout la jurisprudence ne se soucient nullement de cet état de choses. Les tribunaux ne suivent que la qualification de leurs propres lois.

La gêne créée par cet état de chose a forcément inspiré d'autres tendances. Des conceptions différentes de Droit international privé ont essayé d'apporter des remèdes.

Section II

ECOLE INTERNATIONALISTE

Selon la conception nationaliste, chaque Etat est le créateur ou le définisseur des principes du Droit international privé. Ces principes ont, à ses yeux, une valeur

absolue et ils s'imposent à ses tribunaux, et même aux tribunaux étrangers. Peu importe que les autres Etats aient des idées toutes différentes des phénomènes juridiques et les qualifient autrement. Chacun s'en tient à ses propres qualifications des institutions juridiques. Cet état de chose conduit sans doute à des conflits irréductibles et à une confusion sans remède.

Une conception opposée à celle que nous venons d'exposer cherche à obvier à cet état de chose. C'est la conception internationaliste du Droit international privé.

Quel est son fondement ?

D'une façon générale, on peut dire qu'il est le même que celui de toute connaissance scientifique qui mérite vraiment ce titre.

Il se base sur une observation des phénomènes juridiques dans un milieu donné. Ensuite il en dégage les principes essentiels et généraux qui s'imposent à tout le monde. C'est une opération de réduction du composé au simple, du particulier au général.

Le Droit international privé, comme toute autre science, doit avoir des règles immuables. Ces règles seront celles qui, déterminées d'après la nature des choses, s'imposeraient à toutes les législations positives. Elles ne seront que l'expression de l'idée de justice absolue. Etablies par l'observation scientifique des phénomènes juridiques, elles seules peuvent régir les relations juridiques. Comme toutes règles scientifiques, par leur généralité, elles seront identiques, dans tous les pays d'une même civilisation.

L'Etat qui établit la législation d'un pays s'inspire, au fond, d'une conscience juridique commune à toutes les sociétés humaines. Or, une société, formée par divers pays,

arrivés à un stade de civilisation identique, ayant la même notion de cette conscience juridique commune, est un milieu favorable à l'observation scientifique pour l'établissement des règles juridiques générales.

Dès lors, toutes les institutions peuvent et doivent se plier sous la réglementation de ces règles juridiques générales. Suivant Jitta, « la méthode universelle doit dégager, pour l'ensemble des Etats, une conviction juridique commune, et formuler les résultats de cette conviction dans des règles destinées à recevoir une application universelle » (1).

En effet, cette conviction commune est l'élément essentiel de la méthode internationaliste.

Le législateur de chaque Etat, pour établir l'ordre dans la société locale, appliquera à chaque relation juridique des règles universelles de Droit international privé qui conviennent à sa nature.

L'extension internationale de l'activité humaine favorise la formation d'une véritable société internationale. Il importe donc d'adopter un système de combinaison rationnelle entre les différentes lois des divers pays, système qui assure à chacune d'entre elles la part d'influence et l'étendue d'application qu'il est légitime de lui laisser. « Lorsque l'on dit que les préceptes du Droit international n'ont pas d'autre autorité que celle qu'ils empruntent à la volonté du législateur qui les a accueillis, on dénie toute existence indépendante au Droit international privé et l'on fait revivre sous une autre forme le système maintes fois condamné, de la courtoisie internationale » (2).

(1) JITTA, *Méthode du Droit Int. Privé*, Paris 1890, p. 233.

(2) PILLET, *Principes de Droit International Privé*, p. 54.

« Le Droit international privé ne mérite le nom de Droit que s'il possède une autorité supérieure à l'indépendance de l'Etat... » (1).

En somme il s'agit d'une conception de Droit international privé, qui, n'ayant aucun caractère national et particulariste, forme, de cette branche de la science juridique concernant les conflits de lois, un Droit véritablement international.

Des auteurs célèbres ont cherché et formulé des principes généraux. Savigny fut celui qui a eu le plus de succès et de partisans. Son apport le plus important à notre science est l'idée d'une communauté internationale. Sa doctrine présente un caractère prononcé d'universalité. Savigny pense que le règlement des conflits de lois, devrait être uniforme dans tous les pays. Il estime pour cela qu'au lieu de se placer en face de la loi, on doit par une méthode analytique, considérer la nature du rapport de droit. On doit se demander, étant donné sa nature, quelle est la loi à laquelle il convient de se soumettre.

Un autre auteur, des plus célèbres, Mancini, a cru trouver un principe général de Droit international privé, dans l'idée de nationalité. L'école de Mancini ou l'école des nationalités n'avait pas eu à l'origine pour objectif le Droit international privé. La doctrine était plutôt politique. Plus tard, elle a reçu une forme juridique dans la législation, en formant la base des dispositions préliminaires du Code civil italien. Son but est aussi de dégager un critérium général permettant de résoudre les problèmes soulevés par les conflits de lois.

(1) PILLET, *Op. cit.*, p. 55.

Un auteur allemand, Zitelmann, lui aussi a élaboré un système général, visant l'unité dans la solution des conflits de lois. Pour lui, tous les droits consistent en une relation réciproque de droit et de devoir : un individu a le droit d'exiger quelque chose d'un autre, qui s'y trouve obligé. Pour faire exécuter ces obligations, on a recours à la loi de l'obligé, qui logiquement peut exercer une contrainte légale sur celui-ci. En d'autres termes, c'est la loi de l'élément passif du rapport de Droit qui doit gouverner son exécution et, par conséquent, le régir. Dans sa doctrine, Zitelmann aussi se base sur l'idée de la communauté des Etats à leur souveraineté réciproque.

En considérant l'ensemble de l'école internationaliste, on remarque que toute sa construction doctrinaire n'est qu'une œuvre d'abstraction. Elle est formée de ce qu'il y a de commun dans toutes les législations. Pour déterminer ces points communs, cette doctrine écarte tout ce qui constitue leur particularité. Comment donc le problème des qualifications est-il envisagé par cette doctrine ?

En effet, la divergence des qualifications des institutions juridiques paraît, de prime abord, comme un obstacle à la constitution d'une science universelle du Droit international privé. Il serait impossible de réglementer une institution juridique suivant un même principe, si chaque Etat la considérait d'un point de vue différent.

Tout d'abord, les auteurs internationalistes n'attachent pas, à la question des qualifications, la même importance. Aussi n'y voient-ils pas un véritable obstacle à la réalisation de leur but. Certes, ils ne nient pas les difficultés engendrées par ce problème. Mais ils estiment que l'on exagère, en voyant dans tous les cas de conflit une question de qualification. Un auteur systématique, M. Pillst,

en parle en ces termes : « Nous avons seulement à nous demander si ces difficultés sont assez fréquentes pour s'opposer au fonctionnement d'une théorie générale du Droit international privé. Nous n'hésitons pas à répondre négativement à cette question. » (1)

D'autre part, ces auteurs séparent nettement dans une législation les règles de conflit, des règles de droit interne. C'est une caractéristique essentielle de leur système.

L'objet des règles de droit interne est de procurer aux juges les solutions définitives qu'ils prononcent. Tandis que les règles de conflit sont destinées à déterminer la législation applicable. Or, dans l'opinion dominante, la *lex fori* englobe toutes ces règles, sans distinction de leur fonction particulière. C'est un terme qui fait, de ces deux catégories de règles, un corps pour ainsi dire homogène. Quelles en sont les conséquences ?

Le juge saisi d'un litige, pour déterminer la loi applicable, suit non seulement ses propres règles de conflit, mais encore il suit ses propres règles de qualifications. Cela ne paraît nullement anormal, puisque, dans l'ensemble de la *lex fori*, ces deux catégories de règles ont le même caractère national, et qu'elles s'imposent au juge au même titre. Mais cette solution ne peut être satisfaisante. En réalité, la *lex fori* ne comprend que la législation interne du juge. Ce n'est pas cette partie de la législation qui détermine la qualification, mais précisément les règles de conflits.

Cependant, les règles de conflits étant séparées des

(1) PILLET, *Principes*, p. 103. Malgré cette affirmation, nous savons que M. Pillet admet la compétence de la *lex fori* pour résoudre les conflits de qualifications.

règles du droit interne, ne cessent pas, pour cette raison, d'avoir pour objet des faits. Certes, la règle de conflit a pour fonction de déterminer la loi qui donne la solution définitive d'un litige. Mais, en dernière analyse, on peut constater qu'elle se réfère à telles ou telles circonstances de la vie sociale pour déclarer applicable une loi. De même que le droit privé interne, qui ne saisit que les faits pour les régler, le droit de conflit recourt aux mêmes éléments. Or, ces faits sont appréciés différemment selon les diverses législations. Mais leur nature réelle ne change pas avec ces appréciations différentes. A la base des conceptions particulières, se trouvent des éléments réels identiques. Les règles de conflit doivent donc être interprétées, en s'attachant beaucoup plus à cette nature réelle des faits.

L'erreur des partisans du système de la *lex fori* serait de choisir comme point de départ, dans un cas de conflit de loi, le rapport de droit qui n'est en réalité qu'un fait, mais déjà revêtu d'un caractère juridique. Si, au contraire, on part du fait même qui forme l'objet du rapport juridique, on pourrait mieux déterminer une notion internationale de ces faits.

En d'autres termes, en suivant la nature réelle des faits, malgré l'appréciation différente des diverses législations, on pourrait préciser une qualification fondamentale qui, dans chaque législation, formerait le fond de la même institution juridique.

Ainsi la règle de conflit, dans un cas litigieux donné, ne se rapporte pas à un phénomène juridique qualifié comme tel par la *lex fori*, ni à celui d'une loi étrangère, mais, au contraire, il se réfère directement à ce qu'il y a de commun dans tous ces phénomènes.

Suivant ces considérations, les auteurs internationalistes refusent une compétence exclusive à la *lex fori* en matière des conflits de qualifications. « Une interprétation des normes de conflit qui s'inspire des besoins spéciaux de la circulation internationale des personnes et des biens, ne peut se borner à la réception des notions de la loi interne du juge, parce qu'il faut tenir compte également des autres législations applicables mises en cause par les faits à apprécier » (1). Mais la qualification étrangère ne peut, non plus, être admise purement et simplement pour les mêmes raisons qui valent contre celles de la *lex fori*. Seulement, la conciliation n'est pas impossible et, par l'intermédiaire de la méthode comparative, ainsi que par la méthode d'abstraction, l'interprète peut ranger les phénomènes juridique dans un ordre juridique universel, indépendamment de toute législation nationale. Nous avons rencontré, dans l'étude de la doctrine italienne, une théorie exposée par M^{me} Meriggi. Cette théorie fait apparaître clairement toute la portée de l'abstraction, comme moyen d'arriver à des notions universelles d'une institution juridique.

Tout d'abord, M^{me} Meriggi pense, comme tous les auteurs de l'école internationaliste, que les conflits de qualifications ne sont pas très fréquents. Elle estime ensuite que, dans les cas de véritables conflits de qualifications, on peut simplifier le problème par une abstraction qui permettrait d'arriver à une définition commune de l'institution en litige. S'agit-il par exemple : de choisir entre la conception de succession et celle de donation ? Il faut résoudre le problème d'un point de vue abstrait, parce qu'il s'agit,

(1) RABEL, Le problème de la qualification. *Rev. de Dr. Intern. Privé*, 1933, p. 3.

au fond, de phénomènes sociaux à qui les nécessités sociales ont donné une forme juridique particulière. Il importe de reconnaître la nature qui leur est attribuée, d'une façon générale, par tout le monde. Par ce moyen, on obtiendrait des qualifications qu'elle appelle des qualifications types. C'est seulement dans cette phase qu'il peut exister des conflits de qualifications.

Nous ne saurions suivre cette opinion. Loin d'être aussi rare que le prétend M^{me} Meriggi, ces conflits sont, dans la pratique, nombreux. La jurisprudence nous en fournit assez d'exemples. Parfois même, dans la pratique, ils passent inaperçus, ce qui, d'ailleurs, peut avoir des conséquences graves et injustes. Fréquemment, des cas de conflits de lois se trouvent doublés d'un conflit de qualifications.

Mais il y a aussi des conflits de lois apparents qui ne sont, en réalité, que des conflits de qualifications. Un arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1931 (1) en donne un exemple. Il s'agissait de la vente d'un immeuble sis à Wiesbaden, en Allemagne. La vente avait eu lieu en France, et le vendeur et l'acheteur étaient tous les deux de nationalité française et domiciliés en France. Le vendeur qui était demandeur dans le procès, voulait obtenir la rescision de la vente pour cause de lésion des sept douzièmes suivant l'article 1674 du Code civil français. Le tribunal le déboute sous prétexte que le Droit allemand n'admet pas l'action en rescision du Code civil français. Le vendeur a fait appel de cette sentence. Devant la Cour d'appel, l'acheteur, intimé, a soutenu que l'art. 1674 ne

(1) Cour de Paris (2^e Ch.), 9 février 1931. D. P. 1931-2-33, S. 1931-2-145.

pouvait être appliqué à la matière, pour cette raison qu'il n'était applicable qu'aux immeubles situés en France; et que, pour ceux situés en Allemagne, c'est le Droit allemand qui est applicable. La Cour d'appel confirma la décision du tribunal. En réalité, il n'y avait pas conflit de lois dans ce procès. Mais un conflit de qualifications. Le Droit allemand, comme le Droit français, connaît l'institution de la lésion. Seulement, tandis que d'après la qualification française admise par le tribunal, il y avait dans l'art. 1674 une disposition immobilière dépendant de la *lex rei sitæ*; suivant la loi allemande, il n'y avait qu'une disposition de protection, étant donné que, dans le Droit allemand, la lésion est une institution protectrice de celui dont le consentement a pu être exploité par l'autre contractant. Par conséquent, suivant la qualification allemande, d'après l'art. 7 de la loi d'introduction, c'est la loi nationale qui devait s'appliquer.

D'autre part, il peut y avoir des conflits de qualifications sans conflit de lois, même apparent. On peut les rencontrer surtout dans les conventions internationales qui règlent les conflits de lois. Un exemple est celui que l'on rencontre à propos des conventions de La Haye. L'article premier de la convention de La Haye, du 12 juin 1902 sur le mariage, était conçu de la manière suivante : « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux... », les termes « droit de contracter mariage », rendaient possible deux qualifications. La France et l'Allemagne avaient adhéré à cette convention. Mais, chacun de ces deux Etats acceptait des qualifications différentes de l'art. 1^{er} en question. C'est ce conflit de qualifications qui a amené la France à dénoncer les conventions de La Haye de 1902 et 1905 aux

dates du 12 novembre 1913 et 20 janvier 1917. Donc, les conflits de qualifications se présentent assez souvent et même parfois, seuls, ils forment le fond de la difficulté dans les rapports avec les relations juridiques.

D'autre part, M^{me} Meriggi préconise de trouver des définitions communes en faisant abstraction des particularités dont les faits juridiques sont revêtus par les législations nationales : « Une donation est toujours un acte par lequel un individu se prive irrévocablement d'une chose au profit d'un autre, sans en recevoir l'équivalence. » « Un navire, de quelque façon qu'on le conçoive, est toujours quelque chose qui flotte sur l'eau et qui est destiné à la navigation ou au transport par eau ». Pour tout le monde civil, « le mariage est cette institution déterminée qui est destinée à la constitution de la famille, comme la succession est cette institution déterminée qui est destinée à régler le transfert à d'autres du patrimoine pour cause de mort du titulaire; toutes les conceptions inhérentes à cette conception très générale ne peuvent s'inspirer que de cette même conception, et, par suite, les déviations éventuelles représentent l'anomalie qui doit être écartée de la qualification-type » (1).

On peut remarquer que les institutions et choses qui font l'objet des exemples de M^{me} Meriggi, se trouvent déjà, par leur définition juridique classique, suffisamment précisées. Les interprètes qui ont eu à résoudre des conflits de qualifications n'ignoraient pas ces définitions générales. Les magistrats chargés d'appliquer les lois, les connaissent. Malgré tout, ce qui les a amenés à donner des quali-

(1) MERIGGI, *Rev. Dr. Int. Pr.*, 1933, p. 209.

fications différentes, c'est que ces institutions, dans la vie réelle, ne se rencontrent pas dans leur forme purement abstraite. Elles s'offrent dans leur forme réelle, c'est-à-dire avec toutes leurs particularités, qu'elles reçoivent, selon M^{lle} Meriggi, par les nécessités sociales. Toute la jurisprudence nous le prouve. Donc, là où l'abstraction devait être utile, elle se trouve en défaut. D'autre part, dans la plupart des cas, les institutions juridiques enveloppées des empreintes sociales et juridiques particulières ne se prêtent pas facilement à une opération d'abstraction, ou, en d'autres termes, pour certaines institutions juridiques, on n'arrive pas à établir une qualification-type par la méthode d'abstraction.

Telles sont les conditions de forme et de capacité. Le consentement des parents pour le mariage des enfants mineurs est, en France, une question de capacité, tandis qu'en Angleterre, il est considéré comme une question de forme. On peut encore ajouter la lésion de l'article 1674 du Code civil. Nous avons vu, précédemment, dans l'affaire de vente des immeubles sis à Wiesbaden, que la Cour de Paris (1) en avait adopté la qualification « disposition immobilière », alors que le Droit allemand la traitait d'une façon générale comme une institution protectrice du consentement. Le Droit anglais voit, dans *l'indue diligence*, une question d'ordre public. Comment trouverait-on une qualification-type sur cette matière ?

D'ailleurs, l'auteur même qui préconise cette méthode reconnaît bien cette difficulté : « Les faits de la vie sont liés et entrelacés de telle façon, qu'il n'est pas toujours

(1) *Supra*, p. 168.

possible de les définir avec précision. Il peut, de même, arriver que les différents chaînons qui délimitent tels ou tels rapports juridiques s'entrecroisent et se superposent en partie, de façon à donner lieu à des zones grises qui, à certains égards, participent de l'un et de l'autre rapport. Si les faits de la vie étaient toujours bien définis dans leurs manifestations, et s'il en était de même pour les rapports juridiques qui s'y rattachent, nous n'aurions jamais de conflits de qualifications, car, dès que le phénomène à régler serait entré dans la qualification-type, la règle de conflit pourrait, sans difficulté, suggérer les dispositions nécessaires à l'application de la loi compétente.

Mais la superposition des phénomènes, qui leur fait perdre quelques-unes de leurs caractéristiques, ou en assumer celles qui sont propres à un autre phénomène, donne lieu à des conflits de qualifications. C'est au point qu'il n'est plus possible d'établir avec exactitude à quelle qualification-type appartient ce phénomène déterminé, parce que les qualifications-types, discordantes, assument, chacune pour leur compte, des éléments divers, qui se réunissent dans le phénomène en question » (1). Et M^{me} Meriggi, à ce propos, cite justement comme exemple la qualification de condition de forme et de capacité. « Mais aussitôt », ajoute-t-elle : « le plus souvent, à bien considérer, une qualification prévaudra sur l'autre, de sorte qu'il deviendra assez facile de qualifier le rapport d'après la qualification prédominante » (2). C'est précisément par là que fléchit toute la théorie de Meriggi. Car la qualifi-

(1) MERRIGI, Les qualifications en Droit international privé. *Rev. Dr. Int.*, 1933, p. 210 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 211.

cation prédominante ne sera pas la même pour toutes les législations. Et chaque interprète sera amené, selon ses propres conceptions, à donner la prédominance à l'une ou à l'autre des deux qualifications.

La méthode d'abstraction préconisée par M^{lle} Meriggi, implique, si l'on peut dire, un travail de laboratoire qui exige une minutie scientifique très précise. L'interprète, appelé à déterminer la nature d'une institution juridique, doit d'abord analyser les éléments qui la composent pour faire ensuite un travail de synthèse, afin de former une notion générale qui servira de terme de comparaison aux qualifications proposées par les législations concurrentes. C'est une œuvre de philosophie, qui nécessite des investigations importantes. Car l'idée, pour simple qu'elle puisse paraître, n'est pas facile à réaliser. La jurisprudence considère les faits tels qu'ils se présentent dans la vie réelle. Les tribunaux doivent juger ces faits sans pouvoir éliminer les circonstances toutes particulières qui les entourent. Ils doivent donner des solutions pratiques. Or, il n'est pas aisé de déterminer les conflits de qualifications résultant non de la diversité d'interprétation, mais de la diversité intrinsèque des phénomènes. Cette dernière est une notion trop abstraite et, par conséquent, de nature à ne pouvoir fixer l'attention des tribunaux. Une abstraction de toutes les particularités locales d'une institution juridique, sans aucune conséquence sociale et juridique ne peut exister que dans le domaine de l'imagination et de pure spéculation.

Certes, dans un ordre de connaissance quelconque, aucune difficulté ne peut être résolue que par l'application des propositions abstraites sur lesquelles repose cet ordre de connaissances. « En matière de Droit privé, ces

propositions abstraites, éléments nécessaires du raisonnement, sont pour l'interprète, les principes essentiels de sa propre législation. Toute son éducation juridique et son intelligence professionnelle sont formées par ces principes. Par conséquent, la classification des institutions juridiques étant un des principes essentiels de chaque législation, il est naturel que l'interprète emprunte à sa propre législation les traits caractéristiques de l'institution qui déterminent sa qualification. » Ce point est remarqué même par certains auteurs internationalistes. M. Rabel, qui paraît avoir inspiré largement M^{re} Meriggi, est d'avis qu'en rattachant le plus possible la règle de conflit à des suppositions de valeur internationale, on favoriserait l'harmonie des lois. « La règle de conflit idéale, à vrai dire utopique, serait celle qui ne dépendrait que de purs faits » (1). Mais il constate aussi que « l'union personnelle du législateur de droit interne et de celui des règles de conflit exerce naturellement des influences; de fait, il y a bien de telles influences qui sont dues à l'unité du régime juridique qui doit exister dans un pays » (2). Cette raison est d'autant plus valable pour le juge. La méthode d'abstraction est poussée à un point extrême lorsqu'il s'agit d'établir le critérium en vertu duquel on accordera la préférence à l'une des deux qualifications-types. M^{re} Meriggi déduit ce critérium des tendances et directives communes à toutes les législations. Dans leur ensemble, ces tendances et directives communes obéissent à des principes plus généraux, correspondant à ce qui est le postulat fondamental de la société humaine qui se trouve dans le respect de la person-

(1) RABEL, Le problème de la qualification. *Rev. Dr. Int. Pr.*, 1933, p. 7.

(2) *Ibid.*, p. 16.

nalité humaine (1). Par ce moyen, il établit deux catégories fondamentales de qualifications : la qualification personnelle et la qualification territoriale, concernant les rapports qui ont une nature territoriale donnant lieu à l'application des principes connus, de la *lex fori*, la *lex loci actus*, la *lex rei citæ*.

Qu'y a-t-il de nouveau dans cette division, sinon un rappel à une théorie bien vieille des statuts pour l'appliquer aux problèmes de qualifications ? Par contre, le problème ne paraît pas plus éclairci. En effet, ces postulats nous procurent-ils un critérium précis pour justifier la distinction par qualification personnelle et territoriale ?

Nous ne le croyons pas. Il est très probable que dans l'appréciation de ces postulats et dans la classification en personnelle et territoriale des qualifications, l'interprète soit largement influencé par des conceptions de sa propre législation. D'autre part, dans le cas où il s'agit d'établir les qualifications dites subordonnées, qui s'effectuent entre les phénomènes d'une même catégorie, le critérium de préférence précis, manque et on tombe dans l'empirisme, sans que la méthode des qualifications-types soit d'une utilité appréciable.

Quant à la qualification de fond, c'est-à-dire la qualification des conceptions contenues dans la loi applicable, la théorie de M^{me} Meriggi admet que la loi reconnue compétente doit être appliquée avec ses propres qualifications. Cette distinction est adoptée par d'autres auteurs (2).

(1) *Supra*, p. 100.

(2) CAVAGLIERI, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Naples 1933, p. 103.

BARTIN, *Principes*, t. I, p. 216.

Nous croyons aussi que cete solution est logique, dans une certaine mesure. D'ailleurs, même dans le système de la *lex fori*, la loi reconnue compétente, selon les qualifications de la loi du tribunal saisi, pour régler un rapport juridique, peut être appliquée avec ses qualifications qui s'effectuent dans la sphère de sa compétence.

En apparence cela semble ne comporter aucun inconvénient. Toutefois, cette distinction aussi paraît être également assez subtile. M. Rabel explique là même distinction dans d'autres termes (1). Lorsque la loi de conflit a invoqué une loi étrangère pour régler, par exemple, un rapport de droit matrimonial, quelle est la partie du droit étranger qui s'applique à ce rapport ? Est-ce la partie du droit étranger à laquelle la *lex fori* attribue le caractère du droit de régime matrimonial ou la partie qui est consmatrimonial ? M. Rabel se prononce pour la seconde titulée par le droit étranger comme concernant le droit hypothèse.

On peut admettre, en effet, que les qualifications secondaires qui s'effectuent dans la sphère de la compétence de la loi étrangère soient applicables en même temps que celle-ci. Mais cette application est-elle identique à celle des qualifications de fond de M^{me} Meriggi ? Cela ne paraît pas certain, les qualifications de fond ne sont, en réalité que les propres qualifications de chaque législation qui soulèvent le conflit. Elles deviennent applicables selon que la qualification-type attribue la compétence à l'une ou à l'autre des deux législations concurrentes. Fina-

(1) RABEL, *Rev. Dr. Inter. Pr.*, 1933, p. 45.

lement, cette qualification-type ne serait qu'un intermédiaire fictif pour rendre applicables les qualifications de l'une des législations concurrentes.

M^{11e} Meriggi prévoit cette attaque. Elle s'en défend en prétendant que le vrai moment où l'on fait la qualification, est celui où il s'agit d'établir la signification d'une institution juridique dans la règle de conflit. Or, cette signification, ou plutôt cette qualification, est effectuée suivant ces criteria universels, « *lâchons le mot: suivant les criteria du Droit international* » (1). Suivant cette explication, on retombe de nouveau dans le domaine des qualifications-types déjà discutées. De toute façon, il ne s'agit là que des véritables qualifications, différentes de ce que l'on peut appeler des qualifications secondaires. Ces qualifications secondaires, dont M. Cavagliera parle dans son manuel de droit international privé, ne se présentent qu'après la première qualification qui se fait selon la *lex fori* et qui détermine la loi applicable. Elle correspondrait plutôt aux qualifications subordonnées. Tandis que les qualifications de fond de M^{11e} Meriggi sont, en réalité, de véritables qualifications qui donnent naissance aux difficultés bien connues. En fin de compte, on ne trouve pas de base assez précise et solide dans la conception internationaliste des règles de conflits pour la solution des conflits de qualifications.

L'idée selon laquelle les règles de droit international privé sont distinctes des règles de droit interne reste dans un état de pure fiction. Sans ce fondement il est impossible de maintenir la construction échafaudée par cette doctrine.

(1) MERIGGI, *Rev. Dr. Int. Pr.*, p. 225.

Plongée dans de pures abstractions, cette conception de Droit international privé manque de tout lien avec la réalité. Des principes sont exposés, des définitions juridiques internationales des institutions sont formulées par les adeptes de cette école internationaliste. Mais il lui manque le pouvoir d'imposer ces principes et définitions aux diverses législations. Tandis que la doctrine nationaliste s'appuie sur le droit positif.

Les conflits de qualifications n'existent pas seulement entre les qualifications-types. Ils sont beaucoup plus nombreux et résultent des interprétations différentes par les diverses législations des phénomènes juridiques. Aussi, est-il, à l'heure actuelle, impossible d'égaliser dans tous les pays, les règles de conflits par l'adoption de principes internationaux communs. Il se peut que ce résultat soit souhaitable. En tout cas nous ne pouvons croire, comme M^{lle} Meriggi, que « cette tâche soit préparée par le juge par des interprétations similaires dans toutes les législations... et par une large application des principes généraux de droit... » (1)

(1) MERIGGI, *Rev. Dr. Int. Pr.*, p. 234.

CONCLUSION

Les conflits de qualifications paraissent comme un relâchement de la communauté juridique internationale. En effet, la définition d'un rapport juridique donné varie souvent d'une législation à l'autre. Chaque pays possède ses propres qualifications des institutions juridiques. Cette variété de définitions résulte de l'indépendance de chaque Etat vis-à-vis d'un autre. Aussi ce principe amène-t-il tout interprète à ne tenir compte que des qualifications de l'ordre juridique auquel il appartient. Cette opinion est actuellement prédominante, et elle est à la base du système de solution des conflits de qualifications par la *lex fori*. Au début de cette étude, après avoir reconnu l'actualité de ce système, nous nous sommes demandé s'il était consacré dans tous les pays et par toutes les jurisprudences. Dans ce travail, nous nous sommes borné à l'étude du Droit français, anglo-saxon et italien. Nous croyons finalement que la compétence de la *lex fori* est reconnue d'une façon très nette par le groupe de législations que nous avons étudié.

En France, le système de la *lex fori* est traditionnel et est soutenu par la majorité de la doctrine. Tandis que dans le droit anglo-saxon, jusqu'à une époque récente, la question n'avait fait l'objet d'aucune étude spéciale. Même les traités de Droit international privé ne faisaient

aucune allusion. C'est depuis une date très récente que le problème des qualifications a commencé à susciter quelque intérêt dans les pays anglo-saxons. Nous avons, dans l'introduction du Digest de Dicey, étudié la formule de la règle V qui touche la question des qualifications. Mais cette règle, dans son état actuel, n'existe seulement que dans la dernière édition de l'ouvrage (1). Dans les éditions précédentes, il n'y aurait aucune allusion.

Malgré cela, nous avons pu déduire, de certains principes du Droit anglo-saxon, que la *lex fori* était reconnue compétente pour la qualification des institutions juridiques. Ces principes étant fournis en Angleterre par la jurisprudence, celle-ci préférerait donc le système de la *lex fori*. En effet, les arrêts ordonnateurs que nous avons étudiés permettent de le croire. D'ailleurs, dans un système juridique comme celui de l'Angleterre, fondé sur le vieux fond coutumier international à caractère territorialiste, cela résulte du principe même de la territorialité des lois.

Par contre, en Italie, la théorie des qualifications a particulièrement intéressé la doctrine. Nous y remarquons, en effet, une réelle variété d'opinions. Des tendances modernes trouvent en Italie leur écho, alors qu'en France, le système de la *lex fori* ne subit, à l'heure actuelle, aucune attaque sérieuse. La jurisprudence italienne, suivant le même sens que la majorité des auteurs, consacre d'une façon générale le système de solution des conflits de qualifications par la loi du tribunal saisi.

En somme, à la fin de notre étude, nous sommes amené à reconnaître la prédominance générale de la *lex fori*. Il

(1) Edit. 1932, et dans Cheshire G. C. *Private International Law*, Oxford, 1935.

est vrai que ce principe fait l'objet de plusieurs critiques. En effet, dans la pratique, il ne donne pas une satisfaction complète au point de vue d'une conscience juridique abstraite.

Par la facilité des moyens de communication, et sans réserve de la grave crise qui sévit depuis 1929, la circulation entre les pays s'intensifie de plus en plus. Les relations entre les peuples devenant plus fréquentes, la vie actuelle exige de façon plus pressante la clarté et la sécurité des relations juridiques. Or, cette sécurité ne semble pas établie par la prédominance de la *lex fori*. La question a une portée beaucoup plus générale et concerne l'ensemble du Droit international privé. Mais relativement aux qualifications, le système de la *lex fori* semble aussi supprimer l'espoir de réaliser cette sécurité.

« Que l'on se représente seulement le cas vraiment fréquent de parties qui désirent être instruites de leur situation juridique et prient un avocat de les renseigner : la doctrine dominante l'oblige à expliquer qu'il ne peut donner son opinion que pour le cas où, dans un pays déterminé, naîtra un litige porté devant les tribunaux, parce qu'autrement il n'a pas de règle de conflit sur laquelle fonder sa décision. Si le doute subsiste sur le point de savoir quelle sera la *lex fori* dans l'avenir, alors on ne peut pas déterminer la situation juridique. » (1)

D'autre part, de l'avis unanime des auteurs internationalistes, il est impossible d'exclure du Droit international privé, les institutions qui ne sont pas analogues à celles de

(1) FRANKSTEIN, Tendances nouvelles du Droit international privé. *Rec. des cours de l'Acad. de Dr. Int. de La Haye*, 1930, III, p. 269.

la *lex fori*. Si ces institutions ne sont pas repoussées par l'idée de l'ordre public, il faudrait quand même les juger. Leur admission, par analogie avec quelques institutions de la *lex fori*, ne les satisfait pas. L'idée de plus en plus prononcée d'une science universelle de Droit international réapparaît.

Au fond, on ne peut que souhaiter de voir la formation d'une véritable science de Droit international. Une science, dans l'acception parfaite de ce mot, ne peut être qu'universelle. La souplesse et l'étendue de ses règles doit permettre leur application dans tous les cas. Dans ce sens, on ne peut refuser d'accepter l'idée fondamentale de l'école internationaliste. Mais nous avons vu combien cette conception était loin de la réalité. Nous ne croyons pas que les difficultés engendrées par la divergence des qualifications entre diverses législations soient supprimées par des méthodes abstraites. L'abstraction peut très bien se concevoir dans une étude théorique. On peut l'accepter dans l'enseignement.

Dans la pratique, ce qui intéresse tout le monde, ce sont plutôt les résultats. Dans la vie réelle, les faits se présentent avec tout leur caractère particulier. Imprégnés de l'influence des éléments sociaux qui les entourent, ils peuvent changer de nature s'ils subissent une abstraction qui les éloigne de la réalité. Ce n'est surtout pas la jurisprudence qui peut adopter cette méthode d'abstraction. Le juge est en contact avec les faits dans leur multitude de variétés. Il est obligé de les considérer de très près. Or, l'abstraction supposerait au contraire un éloignement des circonstances réelles, pour n'envisager les faits que dans leur généralité. Si l'on ajoute à cela la formation particulariste de l'esprit du juge, on ne peut vraiment pas espérer,

dans la pratique, un résultat appréciable de la méthode d'abstraction (1).

Au fond, on se trouve obligé de se résigner au système de la *lex fori*. L'argument pratique invoqué en sa faveur est logique. La souveraineté lui sert de fondement bien solide, du moins dans les circonstances actuelles (2). Il n'est pas possible de réfuter le système de la *lex fori*, sans repousser également la souveraineté de l'Etat. Aussi, une nouvelle doctrine de Droit international privé s'attaque-t-elle particulièrement à cette notion. Elle est exposée par un éminent jurisconsulte, M. Frankestein (3).

A la question « l'Etat n'est-il pas souverain ? », M. Frankestein répond négativement, et remonte à la base sociologique et psychologique du Droit pour fonder sa doctrine. Pour lui, le Droit, « c'est l'ensemble des normes que les membres d'une communauté ont établies comme justes, comme correspondant à la direction de leurs pensées » (4). « Les données sur lesquelles repose le droit de l'Etat de légiférer, sont toujours les jugements et les con-

(1) M. BECKETT (*British Year Book of International Law*, 1934, p. 59), qui préconise un système général tiré de la Jurisprudence analytique et du Droit comparé, reconnaît quand même que la couleur nationale aura toujours son influence.

(2) Dans le cas de renvoi, l'Etat renonce à appliquer ses propres règles de Droit international privé, pour reconnaître la compétence de la loi étrangère. C'est une renonciation volontaire et souveraine. Il s'ensuit l'acceptation des qualifications étrangères. L'argument qui est à la base de la théorie des qualifications doit faire repousser le renvoi. Mais étant donné que le renvoi est admis, il devient nécessaire d'accepter également les qualifications de la loi renvoyante. Anomalies dans un sens, mais conséquence logique dans l'autre.

(3) FRANKESTEIN, *Bull. de la Société de législ. comparée*, 1931-32, t. 61, pp. 193-195.

(4) FRANKESTEIN, *Rec. des Cours de l'Acad. de Dr. Intern. Pr.*, 1930, III, p. 280.

victions de tous. Par conséquent, il est évident que le Droit n'est qu'une émanation de la vie sociale de ceux-ci, dérivé de leurs convictions, correspondant à leurs besoins. La loi n'est qu'une norme pour les membres du groupe, pour les citoyens; c'est, pour ainsi dire, le statut social de la grande société que forme l'Etat. Il en résulte que: ce n'est que sur ses propres ressortissants que l'Etat a le droit de légiférer. » (1)

Il conclut par là que chaque individu est soumis à la loi de sa patrie. Mais il ne nie pas complètement la souveraineté territoriale. Il admet que les choses soient soumises à la souveraineté de l'Etat sur les territoires duquel elles sont situées. Ainsi admet-il qu'il y a deux éléments primordiaux de rattachement: c'est la loi nationale ou la loi du domicile pour les personnes, et d'autre part, la *lex rei sitæ* pour les choses.

Donc, après un admirable effort doctrinal, M. Frankenstein se base encore sur la vieille distinction des statuts personnels et des statuts territoriaux. Mais quelle solution apporte-t-il aux difficultés de qualification ?

Etant donné que le rattachement primaire est toujours fourni par le Droit national, par conséquent on doit suivre aussi la qualification nationale. Dans les cas où cette loi renvoie à un rattachement secondaire, à chacun de ces cas doit correspondre une qualification secondaire. Mais malgré la construction subtile et ingénieuse de cette doctrine, nous n'arrivons pas davantage à un résultat définitif.

La souveraineté des Etats qui, suivant cette doctrine, doit se restreindre dans certaines limites, reparaît sous une

(1) FRANKESTEIN, *Bull. de la Société de législ. comparée*, 1932-33, t. 61, p. 193.

autre forme dans la notion de l'ordre public. L'abstraction qui en a été faite disparaît. Le caractère national des règles de conflit reflète dans cette notion qui, au fond, est si vague et si variable. Même dans le Code Bustamante, qui est le résultat le plus récent d'un des efforts rationnels les plus perfectionnés qui aient été tentés pour résoudre le problème des conflits de lois, la question, quoique prévue, n'a pas été tranchée complètement. Le Code, dans son article 6, dit : « Dans tous les cas non prévus par le présent Code, chacun des Etats contractants appliquera ses propres qualifications aux institutions ou relations juridiques qui doivent correspondre... »

D'autre part, nous avons vu qu'aux Etats-Unis, le Restatement, qui n'est aussi qu'une codification officieuse récente, déclarait la compétence de la *lex fori* parmi les quelques règles concernant les qualifications. Cela nous prouve encore la généralité du principe de la *lex fori*. D'autre part, dans le commentaire de l'article 5, le Restatement affirme nettement le caractère purement national de notre science. Dans son texte, qui est ainsi conçu : « Cette partie de la législation d'un Etat qu'on appelle les conflits de lois, n'est pas imposée à l'Etat par une force extérieure. L'Etat jouit de la même liberté dans le choix de ses règles de conflit que dans l'adoption de tout autre disposition législative », l'idée de souveraineté paraît nettement.

Nous relevons aussi un passage d'un arrêt anglais rendu à propos de l'affaire Ogden c. Ogden que nous avons cité en étudiant la jurisprudence (*supra*, p. 115).

« Chaque nation a le droit d'édicter toutes les prohibitions ou toutes les restrictions qu'elle juge convenable aux mariages contractés sur son territoire et à ceux contractés

au dehors; si ses sujets en éprouvent des inconvénients, c'est son affaire. Mais de quel droit demanderait-elle à une autre nation, également souveraine, de lui faire le sacrifice de sa propre législation sur son territoire, pour y assurer l'effet des dites prohibitions ou restrictions? »

Voilà encore une autre affirmation de l'idée de souveraineté. On peut faire abstraction de la matière particulière sur laquelle la décision a été rendue. L'idée restera quand même comme base de toute décision analogue.

Toutefois, les exigences imprévues de la vie internationale moderne imposent de chercher à réduire le plus possible les difficultés relatives aux conflits des qualifications.

Quels sont les moyens qui restent pour réaliser cette tâche ?

Jusqu'à présent, des conventions internationales ont été établies dans le but d'une certaine unification législative, notamment celles de La Haye et de Genève. A l'heure actuelle, leur application est restreinte.

La codification, d'autre part, par une entente entre plusieurs Etats, suscite de vives objections relatives à son interprétation. On ne peut laisser cette tâche aux tribunaux particuliers qui, appliquant des qualifications différentes, changeront le sens des règles. Le choix d'un tribunal compétent pour cette interprétation soulève aussi des critiques. Il semble encore que le seul moyen de réduire les difficultés soulevées par les conflits de qualifications serait dans une large coopération internationale.

Cette coopération peut être obtenue par des réunions de juristes appartenant aux divers pays. Les points de difficultés étudiés et les résultats obtenus dans ces réunions seront les éléments les plus utiles à l'établissement des conventions internationales. Car finalement, la méthode la

plus appropriée pour rendre efficaces les résultats obtenus par les réunions de juristes sont les conventions, à condition toutefois que l'interprétation de leur contenu soit minutieusement étudiée.

A ce propos, nous trouvons quelques projets et traités qui nous permettent de croire que la chose est possible (1). Des opinions pessimistes ne manquent pas. A ce sujet, M. Straznicky (2) déclare « que le nationalisme croissant de l'heure actuelle n'est pas l'ami des travaux de conférences de Droit international privé ».

Le développement de l'esprit international serait peut-être l'élément essentiel de la coopération entre les peuples, et de la formation des solutions communes et équitables des conflits de lois. Aussi est-ce le vœu que nous formons pour l'avenir de la science du Droit international privé.

VU: *Le Doyen*: VU: *Le Président de la thèse*:
E. ALLIX. RENÉ CASSIN.

VU et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris :
S. CHARLETY.

(1) L'accord fiscal franco-britannique du 1^{er} octobre 1932 (*Recueil S. D. N.*, t. 85, n° 3102), détermination du sens des « bénéfices résultant de l'industrie de la navigation maritime ».

Traité franco-belge du 16 mars 1931, sur les doubles impositions, art. 1^{er}, § 2, détermination du domicile. (*Rev. Crit. Dr. Intern.*, 1934, p. 246.)

Traité franco-anglais sur l'exécution des jugements du 18 janvier 1934. (*Rev. Crit. Dr. Intern.*, 1934, p. 800.)

Projet sur les successions, préparé par la dernière Conférence de La Haye. En matière de l'Etat héritier.

(2) STRAZNICKY, Les conférences de Droit international privé depuis la guerre mondiale. *Recueil des Cours de l'Académie de Dr. Intern.*, 1933, t. II, p. 550.

BIBLIOGRAPHIE

- ANZILOTTI D. — *Corso di Diritto Internazionale Privato*, Rome, 1924-25.
- ARMINJON. — Les qualifications légales en Droit international privé, *Rev. de Dr. Intern. et de Législ. comp.*, 1923.
— *Précis de Droit International Privé*, Paris, 1925.
— L'objet et la méthode du Droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1928, t. I.
— La notion des droits acquis en Droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1933, t. II, t. II.
- BARTIN. — *Etudes de Droit International Privé*, Paris, 1899.
— *Etudes sur les effets internationaux des Jugements*, Paris, 1901.
— La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflit des lois, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1930, t. I.
— Principes de Droit international privé, selon la Loi et la Jurisprudence française, Paris, 1931.
- BATIFFOL. — *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*. Thèse, Paris, 1921.
- BEAL. — *Summary and treatise on conflict of law*, 1902.
- BECKETT. — *The question of Classification (« Qualification ») in private international law. The british year book of international law*, ann. 1934.
- BELLOT. — Les développements récents du Droit international privé en Angleterre. *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1924, t. II.
- BENNET. — *Le domicile des étrangers en France*. Thèse, Toulouse, 1923.
- BENTWICH. — *De la théorie du renvoi dans la Jurisprudence anglaise*. Clunet, 1912.
- BROCKELBANK W.-J. — *La formation du mariage dans le Droit des Etats-Unis*. Thèse, Paris, 1934.
- CASSIN. — La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de loi, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1930, t. IV.

- CAVAGLIERI. — *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Naples, 1930.
- CHESHIRE. — *Private international law*. Oxford, 1935.
- COLOMBOS J. — La conception du Droit international privé, d'après la doctrine et la pratique britannique. *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1931, t. II.
- DEMOGUE. — *L'unification internationale du Droit privé*. Paris, 1927.
- DESPAGNET. — *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*. Clunet, 1898.
- DICEY. — *Digest on the conflict of laws*, Londres, 1932.
- DIENA. — La conception italienne de Droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1932, t. II.
— *Principi di Diritto Internazionale Privato*, Naples, 1912.
— Sul metodo et sui criteri fondamentali per la studio del Diritto Internazionale Privato. Extrait du *Rivista di Diritto civile*, Milan, 1912.
- DONNEDIEU DE VABRES. — *De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de loi*. Thèse, Paris, 1905.
- DOBRIN S. — *The english law of the renvoi and the Soviet law of succession*. Year book of international law, 1934.
- ELKIN. — *La doctrine du renvoi en Droit anglais*. Clunet, 1934.
- FALCONBRIDGE. — *Contract and conveyance in the conflict of law*. University of Pensylvania law Review, 1933.
— Renvoi et succession mobilière, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1931.
- FEDOZZI. — De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de Droit public, *Recueil des cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1929, t. II.
- FRANKESTEIN. — Tendances nouvelles du Droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1930.
— Communication, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1931-32, t. 61.
— Une doctrine moderne de Droit international privé, *Revue de Dr. Intern. Pr.*, 1932.
- FROLAND. — Les conflits de qualification et le droit du renvoi. Extrait de la *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1926.
- GENY. — *Science et technique en Droit positif*. Paris, 1922.
- GIARDINI. — Sull interpretazione del Diritto Internazionale Privato, *Rivist. di Dir. Intern.*, 2^e série, t. VIII, 1919-1920.
- GUTTERIDGE H.-C. — Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1933, t. II.

- HIBBERT. — *Leading cases*, Londres, 1931.
- JENKS. — *A short history of english law*, Londres, 1934.
- JITTA. — *La méthode de Droit international privé*, Paris, 1890.
- KUHN. — Principes du Droit anglo-américain, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1928, t. I.
- LAPRADELLE et NIBOYET. — *Répertoire de Droit international privé*, Paris, 1928.
- LEREBOURGS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de Droit international privé*. Paris, 1933.
- LEVASSEUR. — *La détermination du domicile en Droit international privé français*. Thèse, Paris, 1931.
- LÉVY-ULLMANN. — *Rôle du Droit comparé en Droit international privé*, Cours, ann. 1931-32.
- LORENZEN. — *Cases on the conflicts of laws*, St. Paul, 1909.
— *La théorie du renvoi dans la Jurisprudence anglo-saxonne*. Clunet, 1911.
— *The theory of qualifications on the conflicts of law*. Columbia Law Review, 1920.
- MERIGGI. — Le problème des qualifications, *Rev. Dr. Intern. Pr.*, 1934.
- NIBOYET. — Des conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier. Paris, 1912.
— La théorie de l'autonomie de la volonté, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1927, t. I.
— *Manuel de Droit International Privé*, Paris, 1928.
— Le rôle de la justice en Droit international privé, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1932, t. II.
— Le problème des qualifications sur le terrain des traités diplomatiques, *Rev. Crit. de Dr. Intern.*, 1935.
- PACCHIONI. — *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Milan, 1931.
- PHILONENKO. — Contribution à l'étude du Droit international privé. Clunet, 1930.
— *Le renvoi en Droit comparé*. Thèse, Paris, 1934.
- PILLET. — Principe de Droit international privé, 1903.
— Sur un point peu aperçu de la doctrine de Dicey, *Rev. de Dr. Intern. et de Législ. comparée*, 1923.
— Théorie continentale des conflits de lois, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1924, t. II.
- RABEL. — Le problème de la qualification, *Rev. de Dr. Intern. Pr.*, 1933.

- ROUX. — *De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*. Thèse, Paris, 1902.
- SILZ. — Définition de la forme des actes au point de vue de l'application de la règle *locus regit actum*. Thèse, Paris, 1929.
- SODERQUIST. — La double conception du Droit international et le caractère international du Droit dit international privé, *Rev. de Dr. Intern. et de Législ. comparée*, 1923.
- STRAZNICKY. — Les conférences de Droit international privé depuis la fin de la guerre mondiale, *Recueil des Cours de l'Académ. de Dr. Intern.*, 1933, t. II.
- STREICHENBERGER. — *L'Humeur propre du Droit anglais, ses causes historiques et ses racines psychologiques*, thèse, Lyon, 1931.
- VALÉRY. — *Manuel de Droit international privé*. Paris, 1914.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. — La synthèse du Droit international privé, Paris, 1897.
- VAUTHIER. — Sens et application de la règle *locus regit actum*, Bruxelles, 1926.
- UDINA. — *Elementi di Diritto Internazionale Privato italiano*, Rome, 1933.
- WESTLAKE. — *Traité de Droit international privé*, trad. Goulé, 5^e édit., Paris, 1914.
- WIGNY. — *Essais sur le Droit international privé américain*, Paris, 1932.

CODES

- Code Civil français.
- Code Civil italien.
- Restatement du Droit International Privé.
- Code Bustamante.

REVUES

- Journal du Droit International Privé*, Clunet. — Abrév.: Cl.
- Revue de Droit International Privé*. — Abrév.: *Rev. de Dr. Intern. Pr.*
- La Nouvelle Revue de Droit International Privé*. — Abrév.: *Nlle Rev. de Dr. Intern. Pr.*
- Revue Critique de Droit International*. — Abrév.: *Rev. Crit. de Dr. Intern.*
- Rivista di Diritto Internazionale*. — Abrév.: *Riv. di Dir. Intern.*

RECUEILS

- Dalloz.
- Sirey.
- Gazette du Palais*.
- Law Reports*.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	5
EXPOSÉ ET DÉFINITION.....	7

CHAPITRE PREMIER

LES CONFLITS DE QUALIFICATIONS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS.

<i>Section I.</i> — ETUDE DE LA DOCTRINE.....	11
Théorie de M. Martin.....	12
Théorie de M. Lerebours-Pigeonnière.....	18
Théorie de M. Arminjon.....	19
Théorie de M. Pillet.....	20
Théorie de M. Valéry.....	22
Théorie de M. Niboyet.....	23
Théorie de M. Despagnet.....	24
<i>Section II.</i> — ETUDE DE LA JURISPRUDENCE.....	27
N° 1. — Le domicile.....	28
N° 2. — L'état et la capacité des personnes.....	41
N° 3. — Les contrats.....	49
N° 4. — La succession.....	56
N° 5. — La procédure.....	61
Exceptions à la compétence de la <i>lex fori</i>	65
La classification des biens.....	65
Le renvoi.....	66

CHAPITRE II

ETUDE DE LA DOCTRINE ET DU DROIT ANGLO-SAXONS ET ITALIENS.

	PAGES
<i>Section I. — ETUDE DU DROIT ANGLO-SAXON.....</i>	71
La physionomie générale du Droit anglo-saxon.....	71
Le Droit international privé, branche de la Common Law	72
La théorie des classifications en Droit anglo-saxon.....	74
Dicey	76
Le Restatement.....	78
M. Lorenzen	88
M. Beckett	89
<i>Section II. — ETUDE DE LA DOCTRINE ITALIENNE....</i>	92
Origine du Droit international privé italien.....	92
Le Code civil italien.....	93
La Doctrine italienne.....	93
M. Diéna	94
M. Cavagliéri	95
M. Ghiardini	96
M. Anzilotti	97
M. Udina	97
M. Gemma	98
M ^{lle} Meriggi.....	98

CHAPITRE III

ETUDE DE LA JURISPRUDENCE.

<i>Section I. — JURISPRUDENCE ANGLO-SAXONNE.....</i>	107
N ^o 1. — Le domicile.....	108
N ^o 2. — L'état et la capacité des personnes.....	112

	PAGES
N° 3. — Les contrats.....	120
N° 4. — La succession.....	124
N° 5. — Les délits.....	128
N° 6. — La procédure.....	129
N° 7. — La classification des biens.....	134
Le renvoi.....	135
<i>Section II. — JURISPRUDENCE ITALIENNE.....</i>	<i>136</i>
N° 1. — Le domicile.....	137
N° 2. — L'état et la capacité des personnes.....	138
N° 3. — Les contrats.....	140
N° 4. — La succession.....	144
N° 5. — La procédure.....	145
Le renvoi.....	148

CHAPITRE IV

DISCUSSION DOCTRINALE DE LA THÉORIE DES QUALIFI- CATIONS	151
<i>Section I. — ECOLE NATIONALISTE</i>	<i>153</i>
<i>Section II. — ECOLE INTERNATIONALISTE</i>	<i>160</i>
CONCLUSION	179
BIBLIOGRAPHIE	189

